

PROTECTION INTERNATIONALE
DES DROITS DE L'HOMME ET ACTIVITÉS
DES SOCIÉTÉS TRANSNATIONALES

par

FABRIZIO MARRELLA



F. MARRELLA

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	47
A. Qu'est-ce qu'une société commerciale transnationale (STN)? Bref histoire d'un long débat	52
1. Un groupe de sociétés commerciales	53
2. Une entreprise transnationale	54
B. Un débat ancien	59
1. A l'ONU	61
2. La Déclaration tripartite de l'Organisation internationale du travail (OIT) et les Principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)	62
3. Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) et la <i>Multilateral Invest-</i> <i>ment Guarantee Agency (MIGA)</i>	63
C. Un débat renouvelé	64
1. Le Pacte mondial avec les STN	68
2. Les normes de la Sous-Commission des droits de l'homme de l'ONU de 2003	72
3. Les travaux du Représentant spécial sur la question des droits humains et des sociétés transnationales	73
4. La suite des travaux de Ruggie	79
5. Un nouveau groupe de travail de l'ONU. Pour quel avenir?	80
D. Plan du cours	82
Première partie. L'obligation de protéger, respecter et mettre en œuvre les droits de l'homme	85
Chapitre I. Le devoir de respecter, protéger et mettre en œuvre les droits de l'homme comme <i>obligation primaire</i> de l'Etat	87
Introduction	87
A. La protection des droits de l'homme par l'Etat possédant la com- pétence de le faire (la «jurisdiction»)	92
1. Les différents types de compétence (<i>jurisdiction</i>) de l'Etat	93
a) La compétence d'édicter une règle de droit applicable (<i>pres-</i> <i>criptive jurisdiction</i>)	95
b) La compétence d'exécution d'une règle édictée par un Etat soucieux de protéger les droits humains	96
c) Les rapports entre ces deux capacités	96
i) Leur coïncidence	97
ii) Leur absence de coïncidence	97
d) La compétence extraterritoriale de l'Etat	99
i) L'absence de compétence d'exécution alors qu'il y a compétence d'édiction (principe de personnalité active)	99
ii) L'absence de compétence d'exécution s'il n'y a pas aussi compétence d'édiction: la personnalité passive (ou la nationalité de la victime)	101
iii) La compétence de protection de l'Etat	102

iv) Le principe d'universalité : la compétence universelle du juge interne (renvoi)	103
2. La responsabilité primaire de protéger de l'Etat territorial (<i>Host State Control</i>).	105
a) Les Principes directeurs des Nations Unies et le rôle fondamental de l'Etat hôte	108
i) Les fonctions de régulation de l'Etat	109
ii) Les liaisons dangereuses entre l'Etat et les entreprises	111
a. Les organismes de crédit à l'exportation et leur pouvoir de régulation extraterritoriale	111
b. Le « <i>business nexus</i> » par passation des marchés publics	113
c. Partenariats public-privé et privatisations	113
d. Les contrats d'Etat	114
iii) Le besoin de cohérence des politiques de l'Etat	115
a. La cohérence des politiques internes	116
b. La cohérence de la politique juridique extérieure de l'Etat	117
iv) Les « obligations spéciales » de l'Etat dans quelques contextes particuliers	119
a. Investissements et droits de l'homme : l'exemple du droit à l'eau	120
b. La protection des droits de l'enfant	131
c. Le droit à un environnement sain	133
d. La protection des groupes « vulnérables » : l'exemple des peuples et des communautés autochtones	138
e. L'obligation de l'Etat de garantir la protection des défenseurs des droits de l'homme	141
b) L'Etat et son plan national pour la mise en œuvre des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme	143
3. « Ne pas nuire » : la responsabilité éventuelle et dérivée de l'Etat d'origine (<i>Home State Control</i>).	144
a) Les Principes directeurs des Nations Unies comme vecteurs d'une extraterritorialité modérée	147
i) L'extraterritorialité induite	147
a. Les mesures internes ayant des incidences extraterritoriales	147
b. Les mesures d'application extraterritoriales directes	155
ii) L'extraterritorialité obligatoire	157
a. Le PIDCP	159
b. Le PIDESC	160
c. La CEDH	162
d. La Convention américaine des droits de l'homme	165
iii) L'extraterritorialité non contestée : l'appui au respect des droits de l'homme par les entreprises dans les zones touchées par des conflits armés	165
b) La résurgence de la responsabilité primaire : l'imputation à l'Etat des activités de quelques sociétés commerciales	167
i) Les sociétés exerçant des prérogatives de puissance publique (art. 5)	169

ii) La société qui agit sous les instructions, les directives ou sous le contrôle de l'Etat	172
iii) La société qui exerce en fait des prérogatives de puissance publique en cas d'absence ou de carence des autorités officielles (art. 9)	175
iv) La société dont le comportement est adopté par l'Etat comme sien (art. 11)	176
B. Au-delà de l'Etat: la protection des droits de l'homme par quelques organisations internationales	177
1. L'Union européenne et le plan d'action du Conseil pour la période 2015-2019	178
a) La recherche de la cohérence externe	179
b) La recherche de la cohérence interne par le support à la RSE	181
2. Les institutions financières internationales	183
a) La « responsabilité de protéger »	183
b) Les outils	184
Chapitre II. La « responsabilité » incombant aux entreprises transnationales de respecter les droits de l'homme	188
A. Une responsabilité très mal appréhendée par le droit international interétatique	190
1. Personnalité « morale » et droit international public	190
2. Droit international humanitaire et responsabilité pénale des STN	196
a) La fourniture de biens et de services aux auteurs de crimes	198
b) La « sécurisation » de l'entreprise	198
c) Les chaînes d'approvisionnement	199
d) Les partenariats d'affaires (<i>joint venture</i>)	199
e) La responsabilité internationale pénale des administrateurs	199
B. Le deuxième pilier des Principes directeurs des Nations Unies: la « responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme »	205
1. <i>Excursus</i> : de la <i>Social Responsibility of the Businessman</i> à la philanthropie d'entreprise	206
2. L'apport des Principes directeurs des Nations Unies: la <i>due diligence</i> vecteur des obligations de moyens à la charge des entreprises.	210
a) La « responsabilité de respecter les droits de l'homme » par l'entreprise comme « responsabilité » autonome et indépendante par rapport à celle des Etats	211
i) La « <i>due diligence</i> » ou « diligence raisonnable »	212
ii) De la « responsabilité » à la « redevabilité » (<i>accountability</i>)	217
b) Sphère d'influence et complicité	220
Chapitre III. Les codes de conduite incarnant la « responsabilité sociétale des entreprises transnationales » (<i>Corporate social responsibility</i>).	224
A. Les codes de conduite incarnant la « responsabilité sociétale de l'entreprise »	227
1. Distinction selon la source	228
a) La prolifération des codes de conduite de RSE émanant d'Etats et d'organisations internationales	229

i) Les codes de conduite élaborés par les Etats mais adressés aux entreprises	230
ii) Les codes de conduite élaborés par des organisations intergouvernementales	231
a. Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales comme code de conduite	232
b. La Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales de l'OIT	235
c. Le Pacte mondial de l'ONU	236
iii) L'effectivité en soi redoutable (pour les entreprises) de ces codes de conduite de source étatique ou interétatique	237
b) Les codes de conduite de source privée et leur importance	239
i) Les codes collectifs	241
ii) Les codes individuels comme instruments d'autorégulation mondiale de l'entreprise	243
2. Distinction selon l'objet	244
3. Distinction selon le but	246
a) Le « <i>business case for human rights</i> » : la limitation des coûts et des risques d'entreprise	247
b) La différence entre les règles de RSE et quelques autres règles non étatiques de droit du commerce international	251
i) Différence entre règles de RSE et usages du commerce international	251
ii) Différence entre règle de la RSE, guides contractuels et contrats-types	252
B. L'effectivité des codes de conduite des entreprises	253
1. L'effectivité transnationale des codes comme résultat du contrôle informel et continu par la « société civile »	255
a) La « mobilisation de la honte » et la « responsabilité du consommateur » dans le marché global	255
b) L'activisme actionnarial (<i>shareholders' activism</i>)	257
2. L'effectivité transnationale des codes comme résultat d'un contrôle « privé » structuré	258
a) Les systèmes de certification	258
b) Les normes ISO	261
c) Les normes IASB	263
d) Le <i>Global Reporting Initiative (GRI)</i>	263
e) L'investissement socialement responsable	264
f) Critique des référentiels	265
3. L'efficacité juridique des codes de conduite sanctionnée par la loi applicable	266
a) Les droits de l'homme par contrat et la « contractualisation » des droits de l'homme	267
i) La contractualisation des droits de l'homme et la chaîne des responsabilités (<i>supply chain</i>)	268
ii) Les codes de conduite et les salariés	273
iii) Les accords-cadres internationaux (<i>International Framework Agreements</i>)	277
b) Les codes de conduite en tant que quasi-contrats	278
c) La violation d'un code de conduite comme source de responsabilité délictuelle	280

i) La violation d'un code et la sanction de l'Etat à titre de publicité mensongère	283
a. L'affaire <i>Kasky c. Nike</i> aux Etats-Unis.	284
b. La directive n° 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs: l'affaire <i>Monsanto</i> en France	285
ii) La violation d'un code et la responsabilité pénale extra-territoriale	287
Deuxième partie. L'accès à la justice	289
Introduction.	291
Chapitre IV. L'accès à la justice des Etats et ses obstacles	302
A. L'accès au juge interne de l'Etat hôte d'une STN (<i>Host State</i>)	307
B. L'accès au juge interne de l'Etat d'origine d'une STN (<i>Home State</i>).	319
1. Un accès fort limité	322
a) Le <i>forum non conveniens</i> et la catastrophe du Bhopal	322
b) Le manque de régulation des groupes des sociétés et le « <i>corporate veil</i> »	325
2. De la compétence extraterritoriale des juges internes en matière pénale à la compétence universelle	327
3. De la compétence extraterritoriale des juges internes en matière de responsabilité civile	338
a) L'exemple de l' <i>Alien Torts Claims Act (ATCA)</i> aux Etats-Unis et sa nature d'acte unilatéral	339
b) La compétence des juges civils des Etats membres de l'Union européenne (et en Suisse) vis-à-vis des sociétés et des groupes transnationaux	347
i) Société domiciliée dans un Etat membre de l'Union européenne (ou en Suisse)	349
ii) Société domiciliée hors Union européenne (ou hors Suisse).	351
iii) Action portée dans un Etat membre de l'Union européenne où se trouve une succursale, une agence ou tout autre établissement de la société défenderesse	353
iv) Le for du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire	354
v) Action portée dans un Etat membre de l'Union européenne fondée sur un lien de connexité entre les demandes	355
c) La solution des conflits de juridictions par traité. L'exemple de la pollution de l'environnement	356
i) La lutte contre la pollution par hydrocarbures	357
ii) Autres conventions	358
d) Les actions de groupe (<i>class actions</i>)	359
C. La protection des victimes par le <i>forum necessitatis</i> (for de nécessité).	363
D. L'application du droit étranger et ses limites	365
1. Droit applicable.	366
2. Protection des droits de l'homme par les lois de police et l'ordre public	370
3. Une protection des droits de l'homme au stade de la reconnaissance et de l'exécution des décisions	372

Chapitre V. L'accès des victimes à des mécanismes non étatiques ou paraétatiques de réclamation	376
A. L'accès aux Points de contact nationaux OCDE	377
B. L'accès aux Institutions nationales de défense des droits de l'homme (INDH) et aux organes parlementaires	381
C. L'accès à des mécanismes administrés par une entreprise à titre individuel ou avec des parties prenantes	387
D. L'accès à des Commissions de vérité et réconciliation	390
E. L'accès à l'arbitrage et les droits de l'homme	391
1. Accès à l'arbitrage et règles du procès équitable	391
2. L'arbitrage comme lieu du contentieux des droits de l'homme «contractualisés»	392
Chapitre VI. La «longue marche» des victimes vers l'accès immédiat à des mécanismes interétatiques de protection des droits de l'homme	395
A. L'accès des victimes au cadre interétatique universel de protection des droits de l'homme	396
1. Les « <i>treaty bodies</i> » comme organes quasi judiciaires	396
2. Les procédures spéciales	399
3. L'accès à des cours pénales internationales et à des tribunaux pénaux mixtes	400
B. L'accès à la justice interétatique-régionale de protection des droits de l'homme	401
1. L'exemple de la CEDH	401
2. Le système interaméricain	402
3. Le système africain	406
C. L'accès aux mécanismes de contrôle de l'application des conventions de l'OIT	408
D. L'accès aux mécanismes de protection propres au Groupe de la Banque mondiale comme modèle pour les banques de développement	409
Conclusion générale	413
Bibliographie	419

NOTICE BIOGRAPHIQUE

Fabrizio Marrella, né le 15 juin 1966 à Venise, Italie.

Etudes à l'université de Bologne, Italie, à l'Université de Californie, Irvine, Etats-Unis et à l'université Paris I Panthéon Sorbonne, France; certificat du Centre d'étude et de recherche en droit international et relations internationales de l'Académie de droit international de La Haye (1997); diplôme de l'Académie de droit international de La Haye (1998). Docteur en droit privé de l'université de Bologne (1999); docteur en droit de l'université Paris I Panthéon Sorbonne (mention très honorable avec félicitations, 1999), avocat, puis avocat à la Cour suprême (2015). Arbitre et juriste international.

Assistant à la chaire de droit commercial international et de droit de l'arbitrage à l'université de Bologne (professeur Giorgio Bernini, 1992-1994). Chercheur puis maître de conférences (1999-2004) puis professeur (II classe) à l'Université Cà Foscari de Venise (2005-2016). Après avoir obtenu l'habilitation nationale comme professeur ordinaire de droit international et de l'Union européenne (2012, à l'unanimité du jury), nommé professeur ordinaire de droit international à l'université Cà Foscari de Venise. Enseignement des cours de droit international, droit de l'Union européenne, droit international des investissements, droit maritime et droit du commerce international. Directeur du Master en commerce international, fiscalité et arbitrage international de la même université.

Professeur de droit international et européen de l'environnement auprès de l'école de droit de l'université LUISS (Rome) depuis 2014.

Auparavant, chargé de cours et chercheur à l'Institut de droit comparé de l'université Paris II Panthéon Assas (1995-1997) ainsi que chargé de cours (droit du commerce international) auprès de l'IHEAL (Institut des hautes études de l'Amérique latine, université Paris III, 1997-2002).

Directeur du *European Master in Human Rights and Democratisation* (E.MA) (2008-2011) auprès du *European Inter-University Center for Human Rights and Democratisation* (EIUC), puis *Dean* auprès de la même institution (2011-2015).

Professeur invité à l'Université de Strasbourg (2006, Institut des hautes études européennes). *Visiting Professor*, à plusieurs reprises, à la *Vanderbilt University Law School* et à la *Harvard University* (Etats-Unis).

A aussi enseigné comme professeur invité auprès des universités de: Bologne, Rome (La Sapienza, et Rome III), Padoue, Palerme, Lecce (ISUFI), Turin, Trente, Urbino, Vérone; des universités de Coimbra (Portugal), Iași (Roumanie), Vilnius et Kaunas (Lituanie), de la *China University of Political Science and Law* (Pékin, Chine); au Japon, *Hitotsubashi University* (Tokyo); en Russie, *Moscow University* (PFUR), MGIMO, RGGU; de l'université interaméricaine de Puerto Rico; de l'université de Fortaleza (Brésil); de l'université internationale de Rabat (Maroc).

PRINCIPALES PUBLICATIONS

1. *Ouvrages*

- Diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 2016 (en collaboration avec Dominique Carreau).
- International Law and Maritime Governance. Current Issues and Challenges for Regional Economic Integration Organizations*, Naples, Editoriale Scientifica, 2016 (sous la direction de Angela Del Vecchio et Fabrizio Marrella).
- Codice doganale comunitario commentato*, Piacenza, La Tribuna, 2015, (sous la direction de F. Marrella, P. Marotta et S. Primiceri).
- Droit international*, 11^e éd., Paris, Pedone, 2012 (en collaboration avec Dominique Carreau).
- Diritto del commercio internazionale*, 3^e éd., 2011 (1^{re} éd. en 2004, 2^e éd. en 2008), Padoue, Cedam (en collaboration avec Francesco Galgano).
- Diritto e prassi del commercio internazionale*, Padoue, Cedam, 2010 (en collaboration avec Francesco Galgano), dans F. Galgano (dir. publ.), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padoue, Cedam, 2010.
- La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, préface de Horacio Grigera Naón, dans F. Galgano (dir. publ.), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padoue, Cedam, 2003.
- Alle origini dell'arbitrato commerciale internazionale. L'arbitrato a Venezia tra Medioevo ed Età moderna*, préface de Andrea Giardina, Padoue, Cedam, 2001 (en collaboration avec A. Mozzato).
- Economic Globalisation and Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007 (sous la direction de W. Benedek, K. De Feyter et F. Marrella).
- Le opere d'arte tra cooperazione internazionale e conflitti armati*, Padoue, Cedam, 2006 (sous la direction de F. Marrella).

2. *Articles*

- «On The Possible (Re-) Negotiation of BITs by the European Union and its Potential Impact on Latin America», dans A. Tanzi, A. Asteriti, R. Polanco Lazo et P. Turrini (dir. publ.), *International Investment Law in Latin America. Problems and Prospects*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2016, p. 497-523 (en collaboration avec S. de Vido).
- «Les Principes d'Unidroit comme droit applicable au fond du litige dans un arbitrage commercial international en Méditerranée», dans O. Filali Osman et L. Chedly (dir. publ.), *Vers une Lex mediterranea de l'arbitrage. Pour un cadre commun de référence*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 213-234.
- «Sanzioni economiche e contratti internazionali», dans *Treccani Il libro dell'anno del diritto 2015*, Rome, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, 2015, p. 743-747.
- «Lex mercatoria e diritto del lavoro», *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2015, p. 691-728.
- «Libera circolazione del software usato nel mercato interno e qualificazione contrattuale europea: alcune riflessioni sul caso Oracle», *Contratto e impresa. Europa*, 2015, p. 105-136.
- «Lex Mercatoria and the Unidroit Principles: a Shock or a New Chapter of Contemporary Private International Law?», dans Cemil Yildirim (dir. publ.), *International Commercial Arbitration and the New Lex Mercatoria*, Istanbul, Oniki Levha Yayinciik A. S., 2014, p. 75-88.
- «Sugli investimenti diretti esteri regolati dai nuovi accordi commerciali dell'Unione europea», dans *Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, Turin, Giappichelli, 2014, p. 355-363 (en collaboration avec S. de Vido).

- «Unione europea, commercio internazionale e diritti umani», dans *Treccani. Il Libro Dell'anno del Diritto 2014*, Rome, Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani, 2014, p. 747-750.
- «Lo straniero, l'art. 16 delle preleggi e la condizione di reciprocità», dans *Commentario del Codice Civile – Delle persone – Leggi collegate*, Turin, Assago, Wolters Kluwer Italia Giuridica, Turin, UTET giuridica, 2013, p. 1-37.
- «Unione europea ed investimenti diretti esteri», dans S. M. Carbone (dir. publ.), *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht: verso nuove regole*, Società Italiana di Diritto Internazionale, Naples, Editoriale scientifica, vol. XVII, 2013, p. 107-140.
- «Arbitrato, diritti umani e religioni», *Rivista dell'arbitrato*, 2012, p. 621-656.
- «La Lex mercatoria», *Atti notarili nel diritto comunitario ed internazionale*, Turin, UTET, vol. 1, 2011, p. 169-200.
- «The Human Right to Water and ICSID Arbitration: Two Sides of a Same Coin or an Example of Fragmentation of International Law?», dans A. Abashidze et A. Kapustin (dir. publ.), *Current problems of contemporary International Law*, Proceedings of the Annual Scientific Conference, Moscou, 9-10 avril 2010, Moscou, Peoples' Friendship University of Russia/MGMO/RGGU, 2011, p. 11-42.
- «Verso una nuova politica commerciale internazionale dell'Ue dopo il Trattato di Lisbona? Alcune riflessioni», *Lavoro e diritto*, 2011, p. 89-103.
- «On the Changing Structure of International Investment Law: The Human Right to Water and ICSID Arbitration», *International Community Law Review*, 2010, p. 335-359.
- «Funzione ed oggetto dell'autonomia della volontà nell'era della globalizzazione del contratto», dans N. Boschiero (dir. publ.), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Turin, Giappichelli, 2009, p. 15-65.
- «L'individu et le droit international économique», dans J.-M. Sorel (dir. publ.), *Le droit international économique à l'aube du XXI^e siècle. En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Paris, Université Paris I Panthéon Sorbonne, Pedone, 2009, p. 191-238.
- «Manifesto di Venezia per la regolazione della globalizzazione economica. La globalizzazione virtuosa», *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2009, p. 341-348 (en collaboration avec A. Perulli).
- «Regolazione internazionale e responsabilità globale delle imprese transnazionali», *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 229-258.
- «Les nouveautés du règlement européen (Rome I) relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles», *Bulletin de la cour internationale d'arbitrage de la CCI*, 2008, p. 91-111; aussi en anglais «The New (Rome I) European Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations: What Has Changed?», *The ICC International Court Of Arbitration Bulletin*, 2008, p. 87-107.
- «Human Rights, Arbitration and Corporate Social Responsibility in the Law of International Trade», dans W. Benedek, K. De Feyter et F. Marrella (dir. publ.), *Economic Globalisation and Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 266-310.
- «"Efficient Breach" and Economic Analysis of International Investment Law», dans *Transnational Dispute Management*, 2007, p. 1-19 (en collaboration avec I. Marboe).
- «Is Open Source Software the New Lex Mercatoria?», *Virginia Journal of International Law*, 2007, p. 807-837 (en collaboration avec Ch. Yoo).
- «Proprietà e possesso di beni mobili di interesse culturale nel diritto internazionale privato italiano», dans F. Marrella (dir. publ.), *Le opere d'arte tra cooperazione internazionale e conflitti armati*, Padoue, Cedam, 2006, p. 107-166.
- «La nuova lex mercatoria tra controversie dogmatiche e mercato delle regole. Note in tema di analisi economica del diritto dei contratti internazionali», *Sociologia del diritto*, 2005, p. 249-285.
- «Unity and Diversity in International Arbitration: the Case of Maritime Arbitration», *American University International Law Review*, 2005, p. 1055-1100.

- «Unità e diversità dell'arbitrato internazionale: l'arbitrato marittimo», *Il diritto marittimo*, 2005, p. 787-832.
- «Autonomia privata e contratti internazionali», *Contratto e impresa. Europa*, 2003, p. 823-867.
- «Choice-of-Law in Third Millennium Arbitrations: The Relevance of The Unidroit Principles of International Commercial Contracts», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003, p. 1137-1188.
- «La repressione della corruzione: i codici etici e l'arbitrato internazionale», dans *La corruzione tra privati : esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Milan, Giuffrè, 2003, p. 191-212.
- «Investimenti esteri, danni punitivi ed «espropriazioni striscianti» tra diritto interno e diritto internazionale: a proposito del Chapter 11 del NAFTA», *Rivista dell'arbitrato*, 2003, p. 851-874.
- «Tutela dei singoli e diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio», *Contratto e impresa*, 2003, p. 49-99.
- «L'arbitrage à Venise (XII^e-XVI^e siècles)», *Revue de l'arbitrage*, 2002, p. 263-300.
- «Nuovi sviluppi dei Principi Unidroit sui contratti del commercio internazionale nell'arbitrato CCI», *Contratto e impresa. Europa*, 2002, p. 40-53.
- «Informations sur internet», dans R. David et C. Jauffret Spinosi (dir. publ.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 499-534.
- «Interpretacion del contrato y lex mercatoria», *Revista de derecho comparado*, 2001, p. 7-57 (en collaboration avec F. Galgano).
- «Principes d'Unidroit dans l'arbitrage CCI 1999-2001», *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, 2001, p. 52-120, aussi en anglais «The Unidroit Principles of International Commercial Contracts in ICC Arbitration, 1999-2001», *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2001, p. 49-115.
- «L'Organisation mondiale du commerce et le textile», *Revue générale de droit international public*, 2000, p. 659-694.
- «Lex mercatoria e Principi Unidroit. Per una ricostruzione sistematica del diritto del commercio internazionale», *Contratto e impresa. Europa*, 2000, p. 29-79.
- «Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international dans l'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale», *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, p. 26-122 (en collaboration avec F. Gelinas), aussi en anglais «The Unidroit Principles of International Commercial Contracts in ICC Arbitration: Introduction and Preliminary Assessment : Extracts from ICC Awards referring to the Unidroit Principles», *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 1999, p. 26-119 (en collaboration avec F. Gelinas).

INTRODUCTION

1. Il ne se passe pas un jour sans que l'on n'entende parler d'événements liés aux entreprises ou sociétés transnationales (STN): le plus souvent, surtout dans ces années de crise économique globale, il s'agit de mauvaises nouvelles: achats et fusions entraînant des licenciements, délocalisations, corruption, pollution de l'environnement, violations graves des droits de l'homme y compris l'exploitation des enfants et des communautés autochtones, avec toutes les conséquences que cela implique.

Bien plus, si les violations des droits de l'homme sont particulièrement graves, les entreprises peuvent être tenues pour responsables des crimes de droit international tels que le génocide, les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, la torture et les traitements inhumains ou dégradants, les disparitions forcées, le meurtre, le travail forcé et l'esclavage.

Nul ne doute que les incidences des entreprises transnationales sur les droits de l'homme ont augmenté ces dernières décennies en raison de facteurs comme la mondialisation des économies et des activités des entreprises, la tendance actuelle à la décentralisation, et l'externalisation voire la privatisation de certaines fonctions de l'Etat, des éléments qui ont eu des incidences graves sur la jouissance des droits de l'homme.

2. En même temps, il est manifeste que les entreprises transnationales et leurs investissements peuvent contribuer à la réalisation des droits de l'homme, y compris par la création d'emplois, par la production de biens et la prestation de services de façon durable, par l'apport de savoir-faire, par la génération de revenus fiscaux, et par le respect des normes pertinentes en matière des droits de l'homme. Parfois, dans des Etats où la protection des droits de l'homme n'est pas prise au sérieux.

3. En revanche, il paraît évident désormais que la réalisation des droits de l'homme n'est pas une conséquence automatique de la croissance économique. A notre époque, des changements géopolitiques importants ont transformé le paysage international d'une manière qui pose de nouveaux défis au thème objet de ce cours ainsi que, plus généralement, au droit international tout entier. Des puissances régionales émergentes, notamment la Chine et l'Inde, sont devenues des acteurs économiques mondiaux, modifiant ainsi l'équilibre des pouvoirs et influençant le comportement des institutions multilatérales.

Des nouvelles entreprises transnationales, parfois comme en Chine, sous contrôle de l'Etat, se sont développées à l'échelle de la planète et il n'est pas dit qu'elles soient porteuses des valeurs dont nous discutons dans ce cours.

Les économies émergentes ont mieux résisté à la crise économique mondiale de la dernière décennie, mais les Etats doivent disposer de cadres juridiques et institutionnels appropriés pour gouverner leur développement tout en cueillant les fruits positifs de la mondialisation sans devoir en supporter les conséquences négatives.

4. Le nombre d'études et de colloques, y compris à l'Académie de droit international de La Haye, qui se sont consacré soit au droit international des droits de l'homme¹, soit à l'étude des sociétés commerciales s'est multiplié à l'échelle de la planète et ils sont un témoignage frappant de l'importance de ces sujets². Mais pendant longtemps,

1. Parmi les cours professés à l'Académie de droit international de La Haye il suffit de rappeler: A. Mandelstam, «La protection internationale des droits de l'homme», *Recueil des cours*, tome 38 (1931), p. 125-232; J. Dumas, «La sauvegarde internationale des droits de l'homme», *Recueil des cours*, tome 59 (1937); H. Lauterpacht, «The International Protection of Human Rights», *Recueil des cours*, tome 70 (1947), p. 1-108; R. Cassin, «La déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme», *Recueil des cours*, tome 51 (1979), p. 237-367; *idem*, «Les droits de l'homme», *Recueil des cours*, tome 140 (1974), p. 321-332; K. Vasak, «Le droit international des droits de l'homme», *Recueil des cours*, tome 140 (1974), p. 333-429; Th. Meron, «International Law in the Age of Human Rights: General Course on Public International Law», *Recueil des cours*, tome 301 (2003), p. 9-489; P. Kinsch, «Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé», *Recueil des cours*, tome 318 (2005), p. 9-331; A. A. Cançado Trindade, «Co-Existence and Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights: (at Global and Regional Levels)», *Recueil des cours*, tome 202 (1987), p. 9-435 ainsi que son cours général, «International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium», *Recueil des cours*, tome 316-317 (2005); R. Pisillo Mazzeschi, «Responsabilité de l'Etat pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme», *Recueil des cours*, tome 333 (2008), p. 175-506.

2. Parmi les cours professés à l'Académie de droit international de La Haye qui ont traité du statut juridique des sociétés commerciales multinationales, rectius transnationales, et les difficiles questions qu'elles posent à la science juridique il suffit de rappeler les cours publiés au *Recueil des cours*: T. Niemeyer, «Les sociétés de commerce», *Recueil des cours*, tome 4 (1924), p. 1-64; M. Travers, «La nationalité des sociétés commerciales», *Recueil des cours*, tome 33 (1930), p. 1-111; H. G. Angelo, «Multinational Corporate Enterprises: Some Legal and Policy Aspects of a Modern Social-Economic Phenomenon», *Recueil des cours*, tome 125 (1968), p. 443-625; Ignaz Seidl Hohenfeldern, «The Impact of Public International Law on Conflict of Law Rules on Corporations», *Recueil des cours*, tome 123 (1968), p. 1-116; Manuel Diez de Velasco, «La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires», *Recueil des cours*, tome 141 (1974), p. 87-185; Lazare Kopelmanas, «L'application du droit national aux sociétés multinationales», *Recueil des cours*, tome 150 (1976), p. 295-336; D. Adedayo Ijalaye, «Indigenization Measures and Multinational Corporations in Africa», *Recueil des cours*, tome 171 (1981), p. 9-80; D. Vagts, «Dispute-resolution Mechanisms in International Business», *Recueil des cours*, tome 203 (1987), p. 9-94; U. Baxi, «Mass Torts, Multinational Enterprise Liability and Private International

les spécialistes des droits de l'homme et ceux du droit international économique voire du droit du commerce international ne se parlaient pas, chacun restant dans la fausse croyance que les deux sub-disciplines du droit international appartenaient à deux « planètes différentes », peu importe si elles étaient dans le même « système solaire ». A l'époque à laquelle nous écrivons, la fragmentation du droit international n'a pas raison d'être car le contexte actuel montre bien l'unité du phénomène international et le besoin d'une régulation cohérente.

5. Le contexte économique, politique et idéologique actuel a sans doute favorisé la montée en puissance des sociétés commerciales transnationales (ci-après STN), leur conférant un pouvoir sans précédent dans l'histoire³. Le même triple contexte explique comment le traitement de ce sujet, même parmi mes prédécesseurs ici à l'Académie, a été différent au fil des années et justifie donc une nouvelle étude à la lumière de la protection des droits de l'homme dans le monde contemporain.

6. Si hier, on pouvait se contenter d'analyser ce thème en se plaçant du point de vue des Etats ou des organisations internationales, c'est-à-dire dans une perspective classique de droit international « public », aujourd'hui, il faut essayer de faire évoluer la réflexion en se situant exactement au point de jonction du droit international public et du droit international privé pour mettre en évidence l'articulation entre les deux.

Law», *Recueil des cours*, tome 276 (1999), p. 297 ss; A. Lowenfeld, «International Litigation and the Quest for Reasonableness», *Recueil des cours*, tome 245 (1994), p. 9-319; F. Garcimartin Alferez, «Cross Border Listed Companies», *Recueil des cours*, tome 328 (2007), p. 9-174.

3. Une analyse critique de la globalisation économique se trouve déjà dans le *Manifeste du parti communiste* de Karl Marx et Friedrich Engels lesquels soulignaient que :

«La découverte de l'Amérique, la circumnavigation de l'Afrique offrirent à la bourgeoisie montante un nouveau champ d'action. Les marchés des Indes orientales et de la Chine, la colonisation de l'Amérique, le commerce colonial, la multiplication des moyens d'échange et, en général, des marchandises donnèrent un essor jusqu'alors inconnu au négoce, à la navigation, à l'industrie et assurèrent, en conséquence, un développement rapide à l'élément révolutionnaire de la société féodale en décomposition... La grande industrie a créé le marché mondial, préparé par la découverte de l'Amérique. Le marché mondial a accéléré prodigieusement le développement du commerce, de la navigation, des voies de communication. Ce développement a réagi en retour sur l'extension de l'industrie; et, au fur et à mesure que l'industrie, le commerce, la navigation, les chemins de fer se développaient, la bourgeoisie se développait décuplant ses capitaux et refoulant à l'arrière-plan les classes léguées par le Moyen Age.»

Pour une intéressante comparaison de ces réflexions avec les analyses de Max Weber et Joseph Schumpeter voir K. Kocka, *Geschichte des Kapitalismus*, Munich, Beck, 2013.

Pour reprendre une expression heureuse et prémonitoire du cours de M. Niemeyer, il s'agira d'une étude de « droit international » dans le sens d'examiner un ensemble de problèmes juridiques de droit international, dans sa dimension de droit international tout court (autrement dit « public ») et de droit international privé⁴.

Cette démarche peut être appréciée du point de vue théorique ainsi que du point de vue pratique car, à leur tour

4. Le soussigné, grâce à la tradition de Baldus, Bartolus et, parmi d'autres, Pasquale S. Mancini et Roberto Ago, a la chance de venir d'un pays, l'Italie, où l'on n'a pas assisté au « divorce » académique entre les chaires de droit international privé et de droit international public. Ce divorce scientifique, en dehors des besoins de la didactique scolaire, n'a jamais eu de sens (sauf comme projection de l'ordre interne sur l'ordre international – car l'adjectif « privé » et « public » appartiennent seulement au droit étatique interne). Aujourd'hui, le juriste internationaliste se trouve confronté, de plus en plus, à des problèmes de droit international et transnational lesquels impliquent souvent l'usage simultané des techniques de droit international « public » et de droit international privé. A nos yeux il n'y a pas du « droit international public » et du « droit international privé » mais il y a *le* droit international, *les* droits internes des différents Etats et *le* droit transnational (si l'on veut, coûte que coûte, distinguer ce dernier du droit international interétatique). *Ubi societas ibi jus* : à chaque ordre juridique correspond un droit différent. A ce propos, déjà M. Niemeyer, dans son cours à l'Académie de La Haye, (« Les sociétés de commerce », *Recueil des cours, op. cit.*, p. 9) avait observé que :

« Quant à l'antithèse entre le droit international public et le droit international privé, les définitions qui ont été rapportées comme étant généralement admises disent que la différence des deux disciplines consiste dans la diversité des sujets, le droit international public regardant les rapports des Etats, le droit international privé se référant aux rapports des individus. C'est simple et clair. Mais le point de vue de ces définitions est trop étroitement borné. C'est pourquoi elles doivent être regardées comme insuffisantes... [p. 11] Ces deux notions ne signifient pas deux matières diverses, mais deux façons différentes d'envisager les mêmes objets. »

Ou encore, comme l'explique M. F. Rigaux (« Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale : cours général de droit international privé », *Recueil des cours*, tome 213 (1989), p. 40) :

« C'est à la fin du XIX^e siècle que les publicistes se sont intéressés aux rapports de système entre le droit international et le droit étatique. A la même époque le droit international privé se sépare radicalement du droit des gens dont, selon la doctrine universaliste qui a dominé l'Europe continentale de Friedrich Carl von Savigny à Pasquale Mancini et François Laurent, jusqu'à Ludwig von Bar, Albéric Rolin, André Weiss et Antoine Pillet, la discipline des conflits de lois est un rameau. La doctrine positiviste, dont les chefs de file sont Franz Kahn et Etienne Martin, a ceci de notable que la méthode du droit international privé acquiert ses traits spécifiques en s'articulant à la discipline du droit civil, c'est-à-dire du droit privé étatique. Dès le moment où le droit international privé est perçu comme une branche du droit interne, l'incidence du droit international passe à l'arrière-plan. »

Sur ce débat voir dernièrement J.-S. Bergé, M. Forteau, M.-L. Niboyet, J.-M. Thouvenin, *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales. Regards croisés d'internationalistes privatistes et publicistes*, Paris, Pedone, 2011.

«les entreprises sont confrontées à des questions épineuses : comment identifier les circonstances dans lesquelles leur domaine de responsabilité se distingue de celui des gouvernements, comment surveiller le respect de leurs valeurs fondamentales par leurs partenaires commerciaux, quelles doivent être leur approche et leur méthode de travail dans les pays où les droits de l'homme sont fréquemment bafoués ?»⁵.

Rien n'est en effet plus entremêlé (entre droit international privé et «public» contemporain), que les problèmes juridiques soulevés par les sociétés transnationales, d'autant plus lorsqu'il s'agit d'essayer d'en évaluer les activités dans le contexte, plus large, de la protection internationale des droits de l'homme.

7. Selon le constat du représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, le professeur John Ruggie, «nous vivons dans un monde qui compte cent quatre-vingt-douze Etats membres de l'Organisation des Nations Unies (ONU), quatre-vingt mille entreprises transnationales, dix fois plus de filiales et des millions et des millions de firmes nationales, dont la plupart sont des petites et moyennes entreprises»⁶. L'enjeu est particulièrement intéressant, du point de vue intellectuel, car aujourd'hui les STN agissent dans un cadre de forte libéralisation des échanges commerciaux créé par les Etats et géré principalement à travers le Fonds monétaire international (FMI), l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et la Banque mondiale. Il a été observé en doctrine que

«l'actuelle interpénétration des économies qu'on dénomme, en forçant le trait «mondialisation», a été favorisée par la mise en place d'un encadrement conventionnel qu'ont voulu les Etats après la Seconde Guerre mondiale ... Cet encadrement, paradoxalement, poursuivait un objectif de libéralisation»⁷.

Il suffit ici de rappeler un discours, souvent cité, du président du groupe industriel Asea Brown Boveri (ABB) qui déclarait :

5. Extraits du *Livre Vert* de la Commission européenne «Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises», 2001, p. 14.

6. Ruggie, A/HRC/17/31, point 16.

7. D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2014, quatrième de couverture.

«Je définirai la globalisation par la liberté pour mon groupe d'investir où il veut, le temps qu'il veut, pour produire ce qu'il veut, en s'approvisionnant et en vendant où il veut, et en ayant supporté le moins de contraintes possibles en matière de droit du travail et de conventions sociales.»⁸

C'est là, donc, un des grands résultats de la globalisation. Mais, libéralisation et globalisation ne sont pas nécessairement synonymes d'anarchie ou d'abus de droit, et donc il appartient aux sujets premiers du droit international, les Etats, de créer des instruments appropriés de régulation⁹. En ligne théorique la solution semble aisée : pour ce faire il y a le droit international (*hard* et *soft*), et pour protéger les droits de l'homme il faut tout simplement appliquer le droit international des droits de l'homme. Or, à bien regarder, le diable est dans les détails. Pour commencer, à qui doit-on l'appliquer ? Dans la suite de ce cours, on verra que des difficultés d'application émergent même lorsqu'il s'agit de définir le périmètre de la responsabilité de l'Etat ou des Etats parties aux traités internationaux de protection des droits de l'homme. *Quid* des organisations internationales comme l'Union européenne (UE) ou les institutions financières internationales ? Et quelles sont les conséquences quant à l'accès aux remèdes des victimes ?

Il s'agit de questions qui, après plus de quarante ans de débats, restent en large partie ouvertes quoi que l'on pense des résultats des Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et droits de l'homme de 2011 (ci-après Principes directeurs de l'ONU).

On commencera par dire quelques mots sur la définition de société commerciale transnationale.

A. *Qu'est-ce qu'une société commerciale transnationale (STN) ?* *Bref histoire d'un long débat*

8. Il n'existe pas de définition simple, précise et communément admise de société multinationale ou transnationale. En première approximation il s'agit d'une société ou, bien plus souvent, d'un groupe de sociétés dont les activités principales (de production ou de prestation de services) s'exercent dans plusieurs pays et font l'objet d'une gestion ou d'un contrôle centralisé.

8. D. Horman, *Mondialisation excluante, nouvelles solidarités : soumettre ou démettre l'OMC*, Paris, L'Harmattan, octobre 2001.

9. Carreau et Juillard, *Droit international économique*, op. cit. ; Ch. A. Michalet, *Qu'est-ce que la mondialisation ?*, Paris, La découverte, 2004.

Il s'agit, donc, d'une seule entreprise multinationale – rectius transnationale – qui est gérée par un groupe multinational de sociétés, lequel est généralement formé d'une société-mère, de filiales et de succursales¹⁰.

La gestion ou le contrôle centralisé¹¹ est une condition qui permet d'éliminer de pures sociétés de portefeuilles (sociétés ou holdings de financement ou de placements), qui n'ont pas pour fonction de contrôler, de diriger d'autres entreprises ou d'organiser leurs activités, et de ne retenir que des sociétés dont les diverses entités sont intégrées techniquement et sont financièrement interdépendantes.

La suppression de certains obstacles aux échanges internationaux et aux mouvements de capitaux ont permis le développement de ces sociétés transnationales dont le siège est situé dans un pays (généralement un pays développé), mais dont les activités d'employeur, de vendeur de produits, d'acheteur de facteurs de production sont dispersées dans divers pays.

A la base donc, il y a la création d'un groupe de sociétés commerciales (a) dont l'activité se développe au-delà des frontières nationales pour être appréhendée par le droit international (b).

1. Un groupe de sociétés commerciales

9. Tout d'abord, les STN sont créées sur la base du droit d'un Etat ; de ce droit national découle leur personnalité juridique (de droit interne).

Les sociétés commerciales en droit interne forment l'objet d'étude d'une vaste littérature qu'il serait impossible de traiter ici, s'agissant du droit des sociétés des différents pays.

Il y a eu quelques ouvrages de droit comparé de sociétés¹² et l'on retiendra utilement la définition suivante, tirée de *The Anatomy of Corporate Law* :

10. Bien que d'autres figures juridiques puissent se présenter, les sociétés commerciales sont de loin le type le plus courant. Par conséquent, on laissera de côté soit les entreprises individuelles, soit les personnes morales à but non lucratif comme les associations ou les fondations. De même l'on ne fera pas référence à des sociétés sans personnalité morale qui existent dans le droit interne des différents pays.

11. La condition de contrôle centralisé n'empêche en rien des modes d'organisation souples de l'activité des filiales d'une société multinationale. Voir à ce propos R. August, D. Mayer et M. Bisby, *International Business Law*, 6^e éd., Pearson, 2014, p. 183 ss.

12. Voir spécialement pour les fondements économiques le livre classique de F. Easterbrook et D. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Boston, HUP, 1996 et pour les aspects de droit comparé : P. van Ommeslaghe, *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé*, Bruxelles, 1960 ; A. Tunc,

«The five core characteristic of the business corporation are : (1) legal personality, (2) limited liability, (3) transferable shares, (4) centralized management under a broad structure, (5) shared ownership by contributors of capital. In virtually all economically important jurisdictions, there is a basic statute that provides for the formation of firms with all of these characteristics.»¹³

Cette définition a le mérite d'être claire et de valeur universelle, mais elle ne nous dit rien à propos des aspects de droit international. En effet, typiquement, le siège principal d'une firme multinationale est situé dans un Etat alors que ses filiales (ou succursales) étrangères sont situées dans un autre pays que la maison-mère. N'ayant généralement pas de personnalité morale, un groupe de sociétés est formé par l'ensemble de la société-mère et ses filiales. Dès lors que deux sociétés sont soumises à une troisième, laquelle détient la majorité de leurs titres, il existe un groupe de sociétés. A l'heure actuelle, il existe des groupes de sociétés pouvant être composés de plus d'une centaine de filiales.

C'est pourquoi l'entreprise est transnationale car le plan économique est unique, mais il est mis en œuvre par un groupe de sociétés où la maison-mère va bénéficier du droit (et des avantages) de créer des filiales dotées de nationalité et de personnalité morale étrangères.

2. Une entreprise transnationale

10. Les STN ont attiré l'attention des internationalistes, même si peu souvent¹⁴.

Le droit américain des sociétés anonymes, Paris, Economica, 1985 ; V. Simonart, *La personnalité morale en droit privé comparé. L'unité du concept et ses applications pratiques*, Bruxelles, 2005 ; R. Kraakman *et al.*, *The Anatomy of Corporate Law. A comparative and Functional Approach*, 2^e éd., Oxford, OUP, 2009.

13. H. B. Hansmann *et al.*, *The Anatomy of Corporate Law, op. cit.*, p. 5.

14. Cf. F. Mann, «International Corporations and National Law», *BYBIL*, 1967, p. 146 ; B. Goldman et P. Franceskakis, *L'entreprise multinationale face au droit*, Paris, Litec, 1977 ; F. Francioni, *Imprese multinazionali, protezione diplomatica e responsabilità internazionale*, Milan, Giuffrè, 1979 ; F. Rigaux, «Les sociétés transnationales», dans M. Bedjaoui (dir. publ.), *Le droit international: bilan et perspectives*, Paris, Pedone/Unesco, 1991, p. 129-139 ; D. Corapi, «Imprese multinazionali», dans *Dig. comm.*, Turin, 1992, VII, p. 249 ; P. Merciai, *Les entreprises multinationales en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 1993 ; G. Sacerdoti, «Multinazionali (imprese)», dans *Dig. comm.*, Turin, 1994, X, p. 119 ; P. Grossi, «Globalizzazione, diritto, scienza giuridica», dans *Foro it.*, 2002, V, col. 151 ; V. Lowe, «Corporations as International Actors and International Law Makers», *Italian YIL*, 2004, p. 23 ; P. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, 2^e éd., Oxford, OUP, 2007 ; M. Winkler, *Imprese multinazionali e ordinamento internazionale nell'era della globalizzazione*, Milan, Giuffrè, 2008 ; Y. Loussouarn, voir «Société internationale», dans *Enc. Dalloz/Soc.* ; Y. Guyon, «Personnalité morale des sociétés», *Jurisclasseur sociétés*, fascicule

Par contre, on ne fera pas référence dans ce cours aux «sociétés internationales» créées par différents Etats en dehors du droit national¹⁵ ou encore à des organisations internationales comme la Société financière internationale (SFI) ou la Banque des règlements internationaux (BRI). De même, les nouvelles formes de sociétés de droit de l'Union européenne comme le Groupement européen d'intérêt économique (GEIE) ou encore la Société européenne (SE) (auquel le droit national s'applique à titre subsidiaire) ne pourront être abordées ici.

Ce qui nous intéresse ici est de considérer des entreprises qui raisonnent et agissent à l'échelle du monde entier en matière de production, de distribution, d'approvisionnement, de débouchés, de financement, de savoir-faire, de recherche et de développement et de transferts de techniques. Comme le monde est divisé en Etats souverains, chacun avec ses règles, ces entreprises arrivent à profiter des conditions les plus avantageuses sur les marchés de l'emploi, des capitaux, des services ou des marchandises. A notre siècle, elles apparaissent comme des sociétés mondiales pour lesquelles les frontières nationales perdent grandement de leur signification économique.

11. C'est pourquoi, au niveau international, il y a eu plusieurs efforts de définition des STN. Si l'on relit, même aujourd'hui, la résolution de l'Institut de droit international (IDI) adoptée à Oslo, le 7 septembre 1977, sur «Les entreprises multinationales»¹⁶, on peut être étonné, non seulement de la grande qualité de cette résolution, mais aussi de son actualité, à témoigner des faibles avancements que l'on a fait sur ce sujet depuis son adoption. L'IDI avait clairement indiqué que :

«Considérant que des entreprises caractérisées par leur unité économique sous l'impulsion d'une société-mère qui constitue leur centre de décision, en même temps que par une dissémination

17-E-2; H. Gherari et Y. Kerbrat (dir. publ.), *L'entreprise dans la société internationale*, Paris, Pedone, 2010; F. Galgano et F. Marrella, *Diritto del commercio internazionale*, 3^e éd., Padoue, CEDAM, 2012; A. Bonfanti, *Imprese multinazionali, diritti umani e ambiente. Profili di diritto internazionale pubblico e privato*, Milan, Giuffrè, 2012; G. Sacerdoti, «Le società e le imprese nel diritto internazionale: dalla dipendenza dallo Stato nazionale a diretti destinatari di obblighi e responsabilità internazionali», *Dir. comm. int.*, 2013, p. 109 ss; D. Carreau et F. Marrella, *Droit international*, Paris, Pedone, 2012 ainsi que dans *Diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 2016, p. 452 ss; M. Menjuq, *Droit international et européen des sociétés*, 4^e éd., Paris, 2016.

15. Loussouarn, *op. cit.*; B. Goldman, «Le droit des sociétés internationales», *JDI*, 1963, p. 320; M. Menjuq, *Droit international et européen des sociétés, op. cit.*, p. 271, ainsi que les références citées *ivi*.

16. Institut de droit international (IDI), session d'Oslo, 7 septembre 1977, rapporteur: M. Berthold Goldman, sur le site www.idi-iil.org.

de leurs établissements, dotés ou non de personnalité morale, et constituant leurs centres d'activités, dans un grand nombre de pays, jouent un rôle prépondérant et croissant dans la production et les échanges internationaux et exercent de ce fait une influence économique, sociale et même politique,

Considérant que, au niveau international, ces entreprises font l'objet de recherches, d'études, de débats et de décisions, notamment dans le cadre de nombreuses organisations internationales,

Considérant que ces travaux ont essentiellement pris pour objet les problèmes politiques, économiques et sociaux que fait surgir l'activité des entreprises multinationales, en particulier dans les pays en développement,

Considérant que l'examen des problèmes juridiques propres aux entreprises multinationales et la mise à l'étude des solutions que ces problèmes pourraient recevoir peuvent apporter une contribution substantielle à l'avancement des travaux de caractère politique, économique et social dont elles sont l'objet,

Considérant que cet examen devrait s'orienter vers l'élaboration d'un régime juridique efficace de ces entreprises, qui tiendrait compte des intérêts de la communauté internationale, et notamment de ceux des pays en développement,

Considérant que, dans une première étape, l'Institut a exploré certains des problèmes juridiques relatifs aux entreprises multinationales et qu'il est conscient de la nécessité de développer ultérieurement cette recherche ;

Adopte la présente résolution :

I

Les entreprises formées d'un centre de décision localisé dans un pays et de centres d'activités, dotés ou non de personnalité juridique propre, situés dans un ou plusieurs autres pays, devraient être considérées comme constituant, en droit, des entreprises multinationales.

II

Il convient que soit progressivement élaboré un régime juridique propre aux entreprises ainsi définies, régime qui devrait en particulier sauvegarder la souveraineté et l'indépendance économique des Etats, notamment en développement.

III

1. *a)* Pour le rattachement de la société-mère ainsi que pour celui des filiales à un Etat déterminé, il conviendrait de tenir compte, selon les circonstances, des liens de la société-mère avec les pays des filiales ou des établissements dépendants, et réciproquement, des liens des filiales avec les pays de la société-mère.

b) Il serait souhaitable que le principe énoncé à l'alinéa précédent fût mis en œuvre au moyen d'accords internationaux.

2. *a)* Il serait utile d'étudier l'institution d'un enregistrement international des entreprises multinationales, obligatoire ou facultatif, auprès d'un organisme international approprié, existant ou à créer.

b) L'étude à entreprendre devrait porter notamment sur les modalités d'établissement de cet enregistrement, sur les entreprises pouvant ou devant s'y soumettre, ainsi que sur les conséquences de l'enregistrement (en particulier : obligations étendues de publicité pour les entreprises enregistrées ; application à ces entreprises d'accords internationaux ou de codes de conduite concernant de manière générale les entreprises multinationales ; possibilité de recours à l'arbitrage ou à d'autres moyens de règlement des litiges intéressant les entreprises enregistrées).

IV

1. Pour la détermination de la loi applicable à la constitution, à l'organisation, au fonctionnement et à l'activité des divers éléments composant l'entreprise multinationale, il doit être fait respectivement application des systèmes de solution de conflits de chaque for saisi. En ce qui concerne les activités des entreprises multinationales, il serait souhaitable que ces systèmes fussent progressivement harmonisés de manière à tenir compte, d'abord du pays où s'accomplissent ces activités, et en outre des pays où celles-ci produisent des effets directs et immédiats.

2. Il est souhaitable que soit envisagée une harmonisation internationale progressive des règles de droit matériel relatives aux activités des entreprises multinationales, et que soient poursuivis les travaux d'élaboration de «Codes de conduite» pour ces entreprises.

V

Les Etats où sont situés la société-mère et les sociétés filiales ou les établissements dépendants des entreprises multinationales devraient coopérer dans l'exercice de leurs compétences de contrôle par voie législative, exécutive et judiciaire, à l'égard de ces entreprises et, à cette fin, envisager notamment la conclusion d'accords internationaux.

VI

1. La compétence de réglementation, de contrôle et de sanction des pratiques restrictives de concurrence des entreprises multinationales fondée en tout cas sur le lieu où ces pratiques sont accomplies, ne devraient en outre être retenue, en fonction de leurs effets, que si ceux-ci présentent, sur le territoire de l'Etat considéré, un caractère intentionnel ou au moins prévisible, substantiel, direct et immédiat.

2. Il serait souhaitable que fussent conclus des accords internationaux de répartition des compétences en ce domaine, de manière à éviter les lacunes et les superpositions de règles applicables.

3. Serait également souhaitable une harmonisation internationale des règles de concurrence concernant les entreprises multinationales.»

12. On verra dans le cadre de ce cours qu'après presque cinquante ans les questions évoquées dans cette résolution de l'IDI sont restées ouvertes. En réalité, un vaste débat a produit des milliers de documents à l'ONU et l'on a souvent l'impression d'être confronté au fameux *dictum* cinique dans le roman *Il Gattopardo (Le Guépard)*, du grand écrivain italien Giuseppe Tommasi di Lampedusa suivant lequel: «Il faut que tout change pour que rien ne change.»

Un souffle de nouveauté est venu, dans ce débat, lorsque les STN ont retenu l'attention des spécialistes et des praticiens du droit international des droits de l'homme. Mais il s'agit d'un intérêt récent. Ainsi, le paragraphe 20 des «Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises»¹⁷, un projet de traité (trop ambitieux pour être adopté par les Etats) du 26 août 2003, a indiqué que :

17. Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003).

«L'expression «société transnationale» désigne une entité économique opérant dans plus d'un pays ou un ensemble d'entités économiques opérant dans plus d'un pays quelle que soit leur forme juridique, que ce soit dans le pays du siège ou le pays d'activité et que les entités en question soient considérées individuellement ou collectivement.»

Plus précis, le point I.4 des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales de 2011, nous dit que :

«Il s'agit généralement d'entreprises ou d'autres entités établies dans plusieurs pays et liées de telle façon qu'elles peuvent coordonner leurs activités de diverses manières. Une ou plusieurs de ces entités peuvent être en mesure d'exercer une grande influence sur les activités des autres, mais leur degré d'autonomie au sein de l'entreprise peut être très variable d'une multinationale à l'autre. Leur actionnariat peut être privé, public ou mixte ... La conclusion d'alliances stratégiques et le resserrement des liens avec les fournisseurs et les sous-traitants ont tendance à brouiller les frontières de l'entreprise.»¹⁸

C'est la définition, couplée avec celle de l'IDI, qui est de loin la plus correcte et que nous retiendrons dans ce cours. Mais c'est le résultat d'un long chemin historique et intellectuel.

B. Un débat ancien

13. La responsabilité de l'entreprise multinationale – rectius transnationale – à raison d'activités délocalisées¹⁹ est une question débattue, au moins, depuis les années 1960. A cette époque, la question de la responsabilité des STN se trouve entremêlée avec celle, plus générale, du contrôle des investissements étrangers et du droit international du développement, un débat qui était au cœur des relations internationales économiques entre pays du Nord et pays du Sud et en même temps entre pays de l'Ouest et pays à économie planifiée comme les pays de l'Est. On ne peut que renvoyer aux ouvrages de la doctrine

18. OCDE, *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, mis à jour en 2011*, www.oecd.org/daf/investissement/principesdirecteurs.

19. L'expression est de D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, II, 3^e éd., Paris, PUF, 2014, n° 1064.

de l'époque pour montrer combien ce débat était lié aux problèmes de la guerre froide et de la décolonisation²⁰.

14. Au début des années 1960, des préoccupations croissantes quant à la place des pays en développement dans le commerce international ont conduit beaucoup de ces pays à réclamer la tenue d'une véritable conférence pour traiter de leurs problèmes et trouver des moyens d'action appropriés à l'échelon international. La première Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) s'est tenue à Genève en 1964. Etant donné l'ampleur des problèmes en jeu et la nécessité de trouver des solutions, il est décidé que la Conférence se tiendrait tous les quatre ans, que des organes intergouvernementaux se réuniraient entre les sessions et qu'un secrétariat permanent fournirait l'appui logistique et fonctionnel nécessaire. Parallèlement, les pays en développement ont créé le Groupe des 77 pour faire entendre leurs préoccupations (le Groupe des 77 compte aujourd'hui cent trente-et-un membres).

C'est à cette époque, celle des deux Pactes de 1966 sur les droits civils et politiques ainsi que sur les droits économiques, sociaux et culturels, qu'est formulée à l'Assemblée générale de l'ONU la résolution sur le *Nouvel ordre économique international* (n° 3201 du 9 mai 1974) ainsi que la Charte des droits et des devoirs économiques des Etats (n° 3281 du 15 janvier 1975)²¹. Ensuite, on assistera à la vague des nationalisations qui portera avec soi des arbitrages qui feront l'histoire du droit international comme l'arbitrage Texaco à l'époque du colonel Khadafi en Libye.

15. Dans les années 1960 et 1970, le contrôle des investissements étrangers renvoie presque toujours aux lois qui limitaient l'implantation des filiales. Dans tous les Etats, y compris ceux du Nord, la réalisation de l'investissement était conditionnée par la présentation d'un projet d'investissement et son autorisation – plus ou moins difficile à obtenir – par l'exécutif local. C'est ainsi qu'en France, sous la présidence du Général de Gaulle, fut refusée l'installation d'une filiale de General

20. Voir par exemple SFDI, *Droit international et développement*, Paris, Pedone, 2015.

21. M. Virally «La Charte des droits et devoirs économiques des Etats: Notes de lecture», *AFDI*, 1974, vol. 20, p. 55-77; D. Carreau, «Le nouvel ordre économique international», *JDI*, 1977, p. 597 ss. Ainsi que *Droit international économique, op. cit.*; M. Bedjaoui, *Pour un nouvel ordre économique international*, Paris, 1979; J. Jackson, *The World Trading System*, 3^e éd., Boston, MIT, 1999; G. Sacerdoti, «Nascita, affermazione e scomparsa del Nuovo ordine economico internazionale», dans A. Ligustro et G. Sacerdoti, «Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia», *Liber Amicorum in onore di Paolo Picone*, Naples, 2011, p. 127 ss.

Motors à Strasbourg²². Dans certains Etats dits du Sud et de l'Est, la création de filiales cent pour cent étrangères était par ailleurs exclue ; seules les *joint-ventures* – impliquant une association avec un partenaire local normalement 49-51% – étaient permises²³.

16. Finalement, on assiste à des essais intéressants de régulation des STN au niveau international.

1. A l'ONU

17. Une *Commission des sociétés transnationales* est créée en décembre 1974 en application de la résolution 1913 (LVII) du Conseil économique et social. Elle était composée de quarante-huit Etats membres et s'était fixé comme tâche prioritaire, entre autres, d'enquêter sur les activités des sociétés transnationales et d'élaborer à leur usage un code de conduite, lequel n'a jamais été adopté.

Egalement en 1974, le Conseil économique et social a, par sa résolution 1908 (LVII), créé le *Centre d'information et de recherche sur les sociétés transnationales*, en tant qu'organe autonome du Secrétariat de l'ONU assurant le secrétariat de la Commission des sociétés transnationales. Mais en 1993, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a décidé de transformer ce centre en une Division des sociétés transnationales et de l'investissement au sein de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED).

De son côté, le Conseil économique et social, par sa résolution 1994/1 du 14 juillet 1994, a décidé de faire de la Commission des sociétés transnationales une commission du Conseil du commerce et du développement de la CNUCED, pour tenir compte du « changement d'orientation des travaux de la Commission » qui consistait en l'abandon de toute tentative d'établir un contrôle social sur les sociétés transnationales et de s'occuper de « la contribution des sociétés transnationales à la croissance et au développement »²⁴.

22. Ch.-A. Michalet, « L'évolution de la législation sur les investissements directs étrangers et la dynamique de la mondialisation », dans Ch. Leben, E. Loquin et M. Salem (dir. publ.), *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle : Mélanges Philippe Kahn*, p. 441 ainsi que M. Salem *ivi*, p. 367-388. Cf. L. Shawcross, « The Problem of Foreign Investment in International Law », *Recueil des cours*, tome 102 (1981), p. 335-363 ainsi que P. Juillard, « L'évolution des sources du droit des investissements internationaux », *Recueil des cours*, tome 250 (1994), p. 9-216.

23. Voir Ph. Kahn « Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique francophone », *JDI*, 1965, p. 341-359.

24. Voir par exemple J. Charney, « Transnational Corporations and Developing Public International Law », *Duke Law Journal*, 1983, p. 748 ss.

2. *La Déclaration tripartite de l'Organisation internationale du travail (OIT) et les Principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)*

18. Alors que les Nations Unies entreprenaient en 1974 la rédaction d'un projet de code de conduite sur les sociétés transnationales (qui est resté lettre morte)²⁵, en 1977, le Conseil d'administration de l'Organisation internationale du travail (OIT) a approuvé la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale²⁶, tandis que l'OCDE adoptait en 1976 les Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales²⁷.

La Déclaration tripartite de l'OIT (comme celle de l'OCDE) n'est pas de nature contraignante ; cela apparaît d'ailleurs de manière évidente dans le texte, dans la mesure où elle recommande aux gouvernements, aux organisations d'employeurs et de travailleurs et aux sociétés transnationales d'observer, de façon volontaire, les principes ayant trait à l'emploi, la formation, les conditions de travail et de vie, ainsi qu'aux relations professionnelles. Bien que cette déclaration ait été amendée en novembre 2000, les références faites à trente conventions et trente-cinq recommandations restent facultatives pour les STN.

Quant aux Principes directeurs de l'OCDE (révisés pour la quatrième fois en mai 2011) ils exposent des standards et des critères de référence pour un comportement entrepreneurial conscient de ses responsabilités et soucieux de respecter le droit en vigueur. Les droits humains, les fondements du droit du travail, la protection des consommateurs et de l'environnement, la lutte contre la corruption figurent en première place dans les principes directeurs. Ces principes ne sont pas contraignants et les entreprises les respectent sur une base volontaire. Les Etats parties s'engagent toutefois à encourager leur respect sur le territoire national.

25. Voir la dernière version du projet, doc. NU E/1990/94.

26. Depuis 1919, l'Organisation internationale du travail (OIT) a promulgué différentes conventions relatives au domaine du travail (voir F. Maupain, « L'OIT, la justice sociale et la mondialisation », *Recueil des cours*, tome 278 (1999), p. 205). La Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale (première version 1977) se rapporte spécifiquement à la problématique des sociétés transnationales et traite presque de tous les aspects du droit du travail en lien avec cette question.

27. Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales présentent une série de recommandations des gouvernements Etats parties de l'OCDE aux sociétés transnationales (STN) qui exercent des activités depuis leur territoire national.

3. *Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) et la Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA)*

19. Alors que les Nations Unies consacraient la souveraineté économique des Etats ainsi que les deux Pactes de 1966 sur les droits de l'homme, la vague des nationalisations et expropriations menées à bien par les Etats du tiers-monde va ébranler la confiance des investisseurs. Certains contrats passés par un Etat et une société étrangère (notamment en matière de concessions pétrolières) prévoyaient que le contentieux échapperait au juge national de l'Etat contractant, en application de l'adage du droit *nemo iudex in causa sua*, c'est-à-dire pour éviter que l'Etat ne soit juge et partie en même temps. C'est ainsi qu'une série d'arbitrages transnationaux restés célèbres – on a déjà évoqué, comme exemple, la sentence Texaco rendue le 19 janvier 1977 par l'arbitre unique R. J. Dupuy – préciseront, en parallèle à ce qu'on pouvait observer dans le cadre de l'arbitrage commercial international, les bases d'un droit transnational des contrats, la « nouvelle *lex mercatoria* »²⁸.

20. Un an avant la conclusion des deux Pactes de 1966 où le droit de propriété privée devient très controversé et donc, presque oublié dans lesdits instruments, il resurgit avec un nouveau visage, celui du droit des investissements étrangers, à la Banque mondiale. Dès 1965, la Banque mondiale mit au point la Convention de Washington instituant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), un traité multilatéral, servant de chapeau à un ensemble de traités bilatéraux de protection des investissements (aujourd'hui environ trois mille) qui vont coupler les codes nationaux des investissements²⁹. Par ce système, le droit international des investissements, les Etats renoncent à faire jouer la protection diplomatique et ils s'engagent à soumettre à des arbitres internationaux tout contentieux des investissements privés étrangers.

21. En 1985, par la Convention de Séoul, la Banque mondiale va instituer une agence multilatérale de garantie des investissements

28. A ce sujet voir F. Marrella, « La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale », dans F. Galganó (dir. publ.), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padoue, Cedam, 2012.

29. A. Broches, « The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States », *Recueil des cours*, tome 136 (1972), p. 331-410 ; A. Parra, « The Convention and Centre for Settlement of Investment Disputes », *Recueil des cours*, tome 374 (2015), p. 313-410. Voir aussi *Annuaire IDI*, session de Tokyo, rapporteur A. Giardina, Paris, Pedone, 2013.

pour étendre la protection des risques non commerciaux (voire politiques) associés à l'investissement international. Le but est, encore une fois, de rassurer les investisseurs, ou les STN, en leur offrant plus de sécurité juridique.

Ce système normatif va avoir un grand succès et peu à peu, les Etats finissent par chercher à attirer les investissements étrangers plutôt qu'à les refouler. Les pays du Sud, comme les pays du Nord, vont négocier et conclure des traités bilatéraux en matière d'investissement (BIT) pour assurer le bon traitement, la protection et la garantie des investissements étrangers, tout en oubliant la rhétorique de la souveraineté économique de l'Etat face aux intérêts étrangers.

22. La même chose arrive sur l'axe des relations économiques internationales Est-Ouest avec la chute du mur de Berlin et la libéralisation des échanges prévue par l'ordre économique international de l'après-guerre. Cependant, dans les années 1990, avec la fin de la confrontation Est-Ouest, on voit l'arrivée en masse de la « société civile », des ONG en droit international³⁰. C'est le contrepoids de l'interétatisme classique. Il suffit de penser à la contestation de Seattle (OMC) ou encore à l'échec, à Paris, de l'Accord multilatéral sur les investissements à l'OCDE. Un mouvement antimondialisation se forme avec le contre-sommet de Porto Alegre, renouant avec le tiers-mondisme et la contestation alternative des années 1970.

La question de la régulation des STN, aussi dans leur rapport avec les droits de l'homme prend alors une direction inattendue.

C. *Un débat renouvelé*

23. C'est dans les années 1990, en plein débat sur la « globalisation », que la question des entreprises et des droits de l'homme s'est imposée de façon permanente à l'ordre du jour de l'ONU témoignant du formidable essor mondial du secteur privé à travers l'activité économique transnationale.

A la session de Lisbonne, en 1995, l'Institut de droit international :

« [r]econnaissant que les principes du droit des sociétés, tels qu'ils se sont développés dans les Etats d'Europe et d'Amérique au XIX^e siècle, ne couvrent pas le phénomène moderne des groupes de sociétés, constituées dans différents Etats mais

30. R. Ranjeva, « Les organisations non gouvernementales et la mise en œuvre du droit international », *Recueil des cours*, tome 270 (1997), p. 9-105.

fonctionnant sous un régime de propriété commune, avec des raisons sociales communes ou liées, et sous une direction ou un contrôle communs» ;

arrive à donner cette définition :

«Une entreprise multinationale est un groupe de sociétés opérant sous un régime de propriété ou de contrôle commun, et dont les membres sont constitués conformément à la loi de plus d'un Etat. De façon générale, les membres du groupe de sociétés opèrent sous des marques de commerce ou des raisons sociales communes ou liées et produisent ou distribuent des produits ou des services communs ou liés ; cependant l'absence d'une telle intégration des activités ne prive pas, par elle-même, un groupe de sociétés du caractère d'entreprise multinationale. Une entreprise multinationale peut, sans que ce soit nécessaire, apparaître aux yeux du public comme étant principalement liée à un Etat déterminé dans lequel la société-mère a son siège ; la direction de l'entreprise multinationale peut être hiérarchique ou décentralisée. S'il n'est pas exclu que des actions de sociétés faisant partie de l'entreprise multinationale puissent appartenir à des détenteurs extérieurs à celle-ci, il reste qu'une caractéristique essentielle d'une entreprise multinationale réside dans la non-dispersion des actions des sociétés membres du groupe et dans l'exercice de la direction des sociétés constituant l'entreprise multinationale par la société-mère, soit au moyen d'un contrôle, direct ou indirect, des actions détenues, soit par un autre moyen. »

On rajoute que le

«contrôle» est «le pouvoir d'exercer une influence décisive sur l'activité d'une société, soit en nommant ses administrateurs ou ses principaux gérants, soit par tout autre moyen ; l'entité de contrôle est une société ou une entité qui détient ou exerce le contrôle sur un autre membre du groupe de sociétés qui constitue l'entreprise multinationale. L'entité de contrôle n'est pas nécessairement la société-mère de l'entreprise multinationale»³¹.

31. D'après l'Institut de droit international :

«Si la société-mère, une autre entité de contrôle ou plusieurs membres du groupe de sociétés qui constitue l'entreprise multinationale, considérés ensemble, détient ou détiennent la majorité des actions munies du droit de vote de l'entreprise en question, le contrôle par la société-mère ou par le groupe de sociétés est présumé ;

Les STN peuvent désormais choisir de s'implanter là où les conditions sont les plus avantageuses. Ceci a été reconnu, parmi d'autres, par M. Ahmed Mahiou, dans son cours général à l'Académie de droit international de La Haye, en 2009 par ces mots brefs et éclairants :

«[e]n effet, les entreprises s'organisent et fonctionnent en cherchant légitimement à optimiser leurs profits, en tirant avantage de la division du monde en Etats souverains ; autrement dit, leurs investissements et la création de filiales se déterminent par des stratégies financières, fiscales et sociales d'avantages comparés sans se soucier des plans et projets de développement des Etats d'accueil»³².

C'est grâce à la diversité des législations nationales et à la faiblesse (ou à la corruption) des gouvernements de maints Etats que, en poursuivant des intérêts économiques, maintes STN ont tiré profit des législations nationales peu contraignantes en matière de respect des droits humains, sociaux ou environnementaux.

Même la «défense» des pays, pouvoir régalien par excellence, est devenue un nouveau marché. Depuis une douzaine d'années, des entreprises de mercenaires, principalement basées légalement aux Etats-Unis, en Angleterre, en Afrique du Sud et dans d'autres pays,

le contrôle répondant au critère du paragraphe (a) peut également être assuré par une entité qui détient moins de la majorité des actions de l'entreprise en question, mais qui, en fonction des contrats de direction, des conditions des accords de crédit, des accords fiduciaires de vote, des accords de licence ou de franchise, ou d'autres éléments, a le pouvoir d'exercer une influence décisive sur les activités de la compagnie en question. 3 (a) Une société-mère est une société ou une autre entité qui possède, directement ou indirectement, la majorité des actions d'autres sociétés constituant une entreprise multinationale ou qui contrôle sous une autre forme, directement ou indirectement, de telles sociétés. Une société-mère peut être, mais n'est pas nécessairement, une entreprise exploitante qui se livre à la production ou à la distribution de biens ou de services. La propriété d'une société-mère peut appartenir à un petit groupe ou même à un individu ; mais plus couramment, la propriété d'une société-mère est dispersée dans le public et ses actions sont traitées en bourse.» (<http://justitiaetpace.org/>.)

32. A. Mahiou, «Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité : cours général de droit international», *Recueil des cours*, tome 337 (2008), p. 264. D'après lui :

«Les sociétés transnationales sont en mesure de réaliser des planifications internes indépendantes de la politique nationale d'un Etat et même en contradiction avec elle, sans que celui-ci puisse disposer de moyens d'action à leur égard, car les ramifications externes sont hors de son pouvoir souverain. C'est cette impuissance qui a incité les Etats à se tourner vers le droit international, notamment le droit international du développement, pour trouver les voies et moyens d'une réglementation des activités des sociétés transnationales.» (p. 265.)

offrent leurs services aux gouvernements³³. Elles ont la capacité d'intervenir n'importe où dans le monde et ont déjà pris part à de nombreux conflits en Afrique, en Amérique latine et en Asie. L'Afghanistan et l'Irak, où l'armée américaine a sous-traité des tâches de logistique et de soutien aux entreprises de mercenaires, entre autres Kellog et Brown and Root³⁴, constituent des exemples récents.

24. Bref, au cours des dernières décennies, la libéralisation du commerce international s'est accompagnée, en effet, de privatisations, d'une féroce compétition entre pays pour attirer les investisseurs étrangers et d'une intensification de la concurrence entre les entreprises. Cela a souvent conduit à des abus concernant les conditions de travail, les droits sociaux, les libertés démocratiques et les atteintes à l'environnement. Les exemples sont malheureusement nombreux et en matière de travail, l'OIT a ressenti la nécessité d'adopter en 1998 une « Déclaration sur les principes et les droits fondamentaux au travail ». Cette déclaration, issue du Sommet mondial des Nations Unies pour le développement social (1995, Copenhague), représente un engagement novateur, dans le sens où le fait d'être un Etat partie de l'OIT implique la reconnaissance du noyau de la déclaration. Les droits fondamentaux qui y sont formulés doivent alors être respectés, réalisés et promus. Il s'agit essentiellement de la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective, de l'élimination de toutes les formes de travail forcé ou obligatoire, de l'abolition effective du travail des enfants, de l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession. De plus, les Etats parties doivent annuellement transmettre un rapport à l'OIT. En parallèle, des employés, des Etats tiers ou des délégués de l'OIT peuvent attirer l'attention de l'organisation sur le non-respect de ces normes fondamentales par certains Etats parties. Après une enquête, un rapport et une série de recommandations en vue de corriger la situation sont rendus publics.

25. Cependant, cet effort représente en même temps un échec de l'OIT et ses dizaines de conventions de protection du travail. Le besoin de codifier les conventions internationales du travail les plus essentielles est fait dans l'espoir qu'au moins celle-ci soit respectée !

26. L'asymétrie entre marché mondialisé d'un côté, et règles qui, pour l'essentiel, sont nationales – ou régionales dans le cas de l'Europe –

33. F. Francioni et N. Ronzitti (dir. publ.), *War by Contract. Human Rights, Humanitarian Law, and Private Contractors*, Oxford, OUP, 2011.

34. Cf. *Le Monde Diplomatique*, novembre 2004, *Le Courrier* du 29 octobre 2003 et http://agircontrelaguerre.free.fr/article.php3?id_article=97.

de l'autre, en matière financière, environnementale et sociale, crée une mondialisation dérégulée, propice à tous les errements et aux crises.

L'Assemblée générale de l'ONU se mobilise et approuve par consensus la « Déclaration millénaire » des Etats le 13 septembre 2000, suivie, en 2015, des « objectifs de développement durable ». Il s'agit de droit déclaratoire, bien entendu, mais ce document marque un nouvel esprit. Convaincus que le principal défi que nous devons relever est de faire en sorte que la mondialisation devienne une force positive pour l'humanité tout entière, on identifie des « valeurs fondamentales » qui « doivent sous-tendre les relations internationales au XXI^e siècle » : liberté, égalité, solidarité, tolérance, respect de la nature, droits de l'homme, etc.

A cet égard, la Déclaration ne vise pas ou plus seulement les droits et les obligations des Etats ou ceux des individus mais, de façon originale, souligne le rôle des organisations internationales et des acteurs privés.

Trois initiatives retiennent l'attention car elles se sont développées presque en parallèle et, à mon avis, elles ont fini par se croiser et, en partie, fusionner.

1. *Le Pacte mondial avec les STN*

27. La première est celle du Pacte mondial de l'ONU (*Global Compact*)³⁵. Il s'agit d'une véritable « révolution culturelle », du moins en droit international « public », car les STN deviennent pour la première fois des « partenaires » des Nations Unies et de la Communauté internationale.

Il s'agit d'une initiative lancée en 1999 au Forum économique mondial de Davos par l'ancien Secrétaire général des Nations Unies Kofi Annan, ayant comme objectif de promouvoir la légitimité sociale des entreprises et des marchés. Pour le Pacte, la promotion des pratiques commerciales fondées sur un certain nombre de principes universellement reconnus contribue à l'émergence d'un marché mondial

35. Sur laquelle voir notamment L. Boisson de Chazournes et E. Mazuyer, *Le Pacte mondial des Nations Unies 10 ans après*, Bruxelles, Bruylant, 2011, ainsi que le site <http://www.unglobalcompact.org/index.html>. Voir aussi OIT, *Les principes du travail du Pacte mondial des Nations Unies. Guide pour les entreprises*, 2010; Bureau du Pacte mondial des Nations Unies, « Le Pacte mondial des Nations Unies. L'entreprise citoyenne dans l'économie mondiale », *UN Global Compact Office*, octobre 2008. *Adde*: E. Decaux, « La responsabilité des sociétés transnationales en matière de droits de l'homme », *RSC*, 2005, p. 789; C. Malecki, *Responsabilité sociale des entreprises. Perspectives de la gouvernance d'entreprise durable*, Paris, LGDJ, 2014, n° 47; R. de Quenaudon, *Droit de la responsabilité sociétale des organisations. Introduction*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 234-242.

plus stable, plus équitable et plus ouvert et de sociétés prospères et dynamiques. Donc, en souscrivant au Pacte mondial, les entreprises s'engagent à aligner leurs opérations et leurs stratégies sur dix principes universellement acceptés touchant les droits de l'homme, les normes du travail, l'environnement et la lutte contre la corruption³⁶.

28. Le droit applicable à ce Pacte mondial est le droit international et les obligations qui en découlent sont, à notre avis, des obligations de *soft law*, pas de vraies obligations juridiques contraignantes. Ici, une STN proclame publiquement son attachement aux dix principes universels et s'engage publiquement :

1. A prendre des mesures pour modifier la façon dont elle opère afin que le Pacte mondial et ses principes s'intègrent à son mode d'administration, à sa stratégie, à sa culture et à ses activités quotidiennes ;
2. A décrire dans son rapport annuel ou dans un rapport de gestion similaire (par exemple un rapport sur son action du point de vue du développement durable) la manière dont elle applique le Pacte mondial et ses principes (communication sur les progrès réalisés) et ;
3. A faire campagne en faveur du Pacte mondial et de ses principes, par le biais de communiqués de presse, de déclarations, etc.

Les entreprises peuvent tirer pleinement parti du principe de la participation en prenant part à des concertations, à des forums d'apprentissage et à des partenariats.

29. La signature du Pacte mondial engage non seulement la «responsabilité» – *rectius* l'«*accountability*», en français l'on dirait la «redevabilité» – de l'entreprise dans son ensemble, mais aussi celle de ses dirigeants. En s'engageant personnellement, le directeur général

36. Les principes, catégorie par catégorie, sont les suivants : Droits de l'homme : 1. Les entreprises sont invitées à promouvoir et à respecter la protection du droit international relatif aux droits de l'homme dans leur sphère d'influence ; et 2. A veiller à ce que leurs propres compagnies ne se rendent pas complices de violations des droits de l'Homme ; Droit du travail : 3. Les entreprises sont invitées à respecter la liberté d'association et à reconnaître le droit de négociation collective ; 4. L'élimination de toutes les formes de travail forcé ou obligatoire ; 5. L'abolition effective du travail des enfants ; et 6. L'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession ; Environnement : 7. Les entreprises sont invitées à appliquer l'approche de précaution face aux problèmes touchant l'environnement ; 8. A entreprendre des initiatives tendant à promouvoir une plus grande responsabilité en matière d'environnement ; et 9. A favoriser la mise au point et la diffusion de technologies respectueuses de l'environnement ; Lutte contre la corruption : 10. Les entreprises sont invitées à agir contre la corruption sous toutes ses formes, y compris l'extorsion de fonds et les pots-de-vin.

signale à tout le personnel et aux autres parties prenantes que la priorité de l'entreprise est d'être une « entreprise citoyenne », dans son mode de fonctionnement et dans sa stratégie.

30. Il en reste que le Pacte mondial a un caractère strictement facultatif et un double objectif :

- a) Inciter les entreprises dans le monde entier à conduire leurs activités en respectant les dix principes énoncés dans le *Pacte* ;
- b) Mobiliser l'action à l'appui des grands objectifs des Nations Unies, y compris les objectifs du Millénaire pour le développement.

Si l'on ne peut pas s'attendre à une responsabilité au sens pleinement juridique du mot, il n'en est pas moins que, en ligne avec certains mécanismes de « *compliance* » et de « dialogue constructif » employé par le droit international des droits de l'homme, le Pacte mondial offre aux entreprises la possibilité d'améliorer leurs pratiques par le biais de plusieurs mécanismes : concertation, apprentissage, réseaux locaux et partenariats.

En effet, la mise en œuvre effective des principes du Pacte mondial suppose : leur intégration dans la stratégie et l'activité de l'entreprise ; un engagement clair de la part de la direction de l'entreprise ; l'information de tout le personnel de l'entreprise, cadres et employés, pour obtenir que les principes soient appliqués par tous ; la création, au sein de l'entreprise, d'un environnement favorable aux idées nouvelles et à l'innovation ; la définition d'objectifs mesurables et la mise en place d'un système transparent de communication sur les progrès réalisés ; la volonté et la capacité d'apprendre et de s'adapter ; la détermination à prendre des mesures concrètes ; la volonté de coopérer et de dialoguer avec d'autres parties prenantes.

A ce propos, un grand nombre de ressources et d'outils ont été rassemblés pour guider les entreprises dans leurs décisions lorsque les principes sont en jeu.

31. Aujourd'hui, la plupart des grandes entreprises ont adhéré au *Global Compact* ; plus de huit mille adhérents dans cent trente-cinq pays sont recensés. Une cinquantaine d'entreprises a d'ailleurs créé le Pacte mondial *Lead*, pour « aller plus loin » et se sont engagées à appliquer cinquante actions concrètes mentionnées dans le *Blueprint for corporate sustainability leadership*. Ainsi, grâce à sa souplesse, le *Global Compact* permet de toucher de manière très innovante

l'ensemble d'un groupe – filiales et succursales; l'adhésion de la maison mère emportant conséquences pour l'ensemble de sa « sphère d'influence »³⁷.

32. L'initiative onusienne n'a pas manqué d'être critiquée, certains regrettant que les entreprises se voient par là finalement proposer les droits de l'homme (ou la protection de l'environnement) comme du *self-service* normatif³⁸ ou comme s'il s'agissait d'une nouvelle opportunité de *marketing*³⁹.

33. Bien sûr le problème principal du Pacte mondial est précisément celui du contrôle de la mise en œuvre des engagements des entreprises, un contrôle sans lequel l'initiative perd largement son sens. Or, à l'origine, aucun contrôle n'avait été prévu. Pour y pallier, en janvier 2003, le bureau du *Global Compact* a introduit une nouvelle disposition relative aux communications sur le progrès⁴⁰. Restant relativement souple, ne serait-ce que parce que purement procédurale et sans aucun contrôle sur le fond, cette disposition demande aux sociétés participantes de communiquer à leurs parties prenantes (consommateurs, employés, syndicat, actionnaires, médias, pouvoirs publics, etc.), chaque année, sur les progrès accomplis dans l'intégration des principes posés, en utilisant leur rapport annuel, rapport de développement durable ou autres rapports publics, leur site Internet ou tout autre moyen de communication. Depuis 2004, les entreprises qui ne présentent pas de compte-rendu peuvent être rayées de la liste des entreprises vertueuses (c'est le *de-listing*). En 2005, a été mis en place en complément un mécanisme d'examen des plaintes. Mais il reste très peu utilisé dans la pratique⁴¹.

34. De fait, malgré ses faiblesses, on peut se demander si le Pacte mondial ne constitue pas un pas franchi dans la direction d'une

37. H. Ascensio, *Le Pacte mondial et l'apparition d'une responsabilité internationale des entreprises*, op. cit., p. 167.

38. Voir notamment A. Supiot, « Du nouveau *self service* normatif: la responsabilité sociale des entreprises », dans *Mélanges Jean Pelissier. Analyse juridique et valeurs en droit social*, Paris, Dalloz, 2004, p. 541 ss. Voir aussi L. Gallino, *L'impresa irresponsabile*, Milan, Einaudi, 2005: « Si definisce irresponsabile un'impresa che al di là degli elementari obblighi di legge suppose di non dover rispondere ad alcuna autorità pubblica e privata, né all'opinione pubblica, in merito alle conseguenze in campo economico, sociale e ambientale delle sue attività. »

39. H. Gherari, « Le profil juridique et politique du Pacte mondial », dans L. Boisson de Chazournes et E. Mazuyer (dir. publ.), *Le Pacte mondial des Nations Unies 10 ans après. The Global Compact of the United Nations 10 year after*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 7.

40. Voir http://www.unglobalcompact.org/Languages/french/communication_progres.html consulté le 8 décembre 2011.

41. H. Gherari, *Le profil juridique et politique du Pacte mondial*, op. cit., p. 7.

nouvelle forme de responsabilité juridique transnationale détachée des droits nationaux et rattachée au marché mondial. Si, d'un côté, le Pacte va promouvoir, reconnaître, encadrer et finalement labelliser des initiatives privées d'autorégulation, de l'autre côté, la sanction du non-respect de ses principes peut être décentralisée et venir directement du marché mondial, c'est-à-dire des consommateurs à travers leurs choix d'achat et les *social media*. Il suffit de penser aux campagnes de boycott transnational menées par la société civile ces dernières années. D'ailleurs, si les Etats et les organisations internationales n'arrivent pas à mieux protéger les droits de l'homme, on ne peut pas empêcher l'activisme de la société civile, nouvelle arrivée dans la société internationale. Au fond, le boycott privé n'est autre qu'une rétorsion de la société civile légitime en droit transnational contemporain⁴².

35. On pourrait penser que, de toute façon, pour régler la responsabilité des STN il suffit simplement de négocier un traité international en bonne et due forme. En effet, la communauté internationale a essayé pendant quarante ans mais sans parvenir à rien. Le dernier essai fut l'échec des normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises au début des années 2000.

2. *Les normes de la Sous-Commission des droits de l'homme de l'ONU de 2003*

36. Parmi les initiatives les plus célèbres, prises par les Nations Unies dans ce domaine figurent, au premier plan «les normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises» rédigées, en 2003, par un organe subsidiaire composé d'experts, mais qui ne seront pas approuvées par les gouvernements membres de ce qui était alors la Commission des droits de l'homme de l'ONU⁴³. Ce projet de traité aurait fondé en droit

42. D. Carreau et F. Marrella, *Droit international*, Paris, Pedone, 11^e éd., 2012, p. 618.

43. Cf. notamment D. Weissbrodt, «The Beginning of a Sessional Working Group on Transnational Corporations within the UN Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and Protection of Minorities», dans M. T. Kamma et S. Zia-Zarifi (dir. publ.), *Liability of Multinational Corporations Under International Law*, 2000, p. 119 ss; D. Weissbrodt et M. Kruger, «Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and other Business Enterprises with regard to Human Rights», *AJIL*, 2003, p. 901 ss; D. Vagts, «The UN Norms for Transnational Corporations», *Leiden Journal of International Law*, 2003, p. 795-802; D. Kinley et R. Chambers, «The UN Human Rights Norms for Corporations: The Private Implications of Public

international et à la charge des entreprises, une série d'obligations juridiques en matière de droits de l'homme comparable à celle des Etats.

37. Or, cette proposition suscitait un débat violent entre le monde des affaires et les groupes des défenseurs des droits de l'homme, sans recueillir beaucoup de soutien auprès des administrations publiques.

38. En 2004, la Commission des droits de l'homme des Nations Unies (dissoute en 2006) précisait que l'ensemble des normes élaborées par la Sous-Commission n'avait pas force contraignante. Par conséquent, la Commission chargeait le Haut-Commissariat aux droits de l'homme de l'ONU d'examiner le statut et la portée juridiques exacts des normes sur la responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme et de faire des propositions adéquates quant à leur futur développement. Ensuite, la Commission des droits de l'homme va nommer un «représentant spécial sur la question des droits humains et des sociétés transnationales». Celui-ci avait, entre autres, pour mission de clarifier la marge de manœuvre des Nations Unies en établissant un catalogue exhaustif des normes et pratiques existantes (1) et en examinant plus avant le concept de responsabilité partagée (2). La question de la responsabilité des STN était mise au centre du mandat du représentant spécial, qui devait notamment clarifier les concepts de «sphère d'influence» et de «complicité»⁴⁴.

Avec le mandat de «représentant spécial sur la question des droits humains et des sociétés transnationales» confié au professeur John Ruggie (qui avait déjà été le principal architecte du *Global compact*) en 2005, l'ONU espérait sortir de l'impasse qui s'était installée au cours des années précédentes.

3. Les travaux du Représentant spécial sur la question des droits humains et des sociétés transnationales

39. Les travaux du Représentant spécial se sont déroulés en trois phases. Son mandat avait été fixé à l'origine pour une durée de deux ans seulement et il visait principalement à «inventorier et expliciter»

International Law», *The Human Rights Review*, 2006, p. 479; E. Decaux, «Le projet de l'ONU sur la responsabilité des entreprises transnationales», dans E. Decaux (dir. publ.), *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 269 ss.

44. E/CN.4/2005/L.87, résolution de la sous-commission pour la promotion et la protection des droits de l'homme, 15 avril 2005.

les normes et pratiques existantes. Cela constituait la première phase de sa mission.

Le représentant spécial a donc lancé un programme de recherche systématique qui s'est poursuivi jusqu'au début de 2011. Plusieurs centaines de pages de documentation ont été publiées sur son portail Web ⁴⁵, presque toutes en langue anglaise.

En 2007, le Conseil des droits de l'homme de l'ONU a prorogé le mandat du représentant spécial d'une année en l'invitant à présenter des recommandations. Cela a marqué le début de la deuxième phase. Ainsi, en juin 2008, le représentant spécial demandait au Conseil de soutenir le cadre de référence (*the Protect, Respect and Remedy framework*) «protéger, respecter et réparer» qu'il avait mis au point à l'issue de trois années de recherches et de consultations. Le Conseil y a consenti, en «accueillant avec satisfaction» le cadre de référence dans sa résolution 8/7 ⁴⁶.

40. Ledit cadre de référence repose sur trois piliers, piliers qui en soi, sont assez banals mais qui constituent une plate-forme solide sur laquelle mener les autres travaux d'approfondissement et développer de bonnes pratiques.

Premièrement, l'obligation de protéger incombe à l'Etat lorsque des tiers, y compris des entreprises ou des sociétés transnationales, portent atteinte aux droits de l'homme, ce qui suppose des politiques, des règles et des recours appropriés.

Deuxièmement, la «responsabilité» des entreprises de respecter les droits de l'homme, qui loin d'être une responsabilité contraignante de droit international, signifie concrètement, pour les entreprises, de faire preuve de diligence raisonnable (*due diligence*) pour s'assurer de prévenir, de ne pas porter atteinte aux droits de l'homme d'autrui, et de parer aux incidences négatives auxquelles elles ont une part.

Troisièmement, la nécessité d'un accès effectif à des mesures de réparation, tant judiciaires que non judiciaires, peut-être l'aspect plus innovateur de ce système car elle met en lumière des mécanismes de «justice» et surtout de réparation en faveur des victimes qui vont bien au-delà de l'accès au juge interne des Etats.

41. Chaque pilier est conçu comme une composante essentielle d'un

«système interdépendant et dynamique de mesures de prévention et de réparation: l'obligation de protéger incombant à l'Etat

45. <http://www.businesshumanrights.org/SpecialRepPortal/Home>.

46. A/HRC/RES/8/7 du 18 juin 2008.

car c'est le cœur même du régime international des droits de l'homme ; la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme car la société attend d'elles au minimum qu'elles les respectent ; et l'accès à des mesures de réparation parce que même les efforts les plus concertés ne peuvent pas prévenir toutes les pratiques abusives »⁴⁷.

42. Dans sa résolution 8/7, accueillant avec satisfaction le cadre de référence «protéger, respecter et réparer», le Conseil proroge le mandat du représentant spécial jusqu'en juin 2011, en le priant «to operationalize the framework» c'est-à-dire d'«exploiter» ce cadre de référence, de formuler des recommandations concrètes et pratiques pour sa mise en œuvre.

43. Cela va constituer la troisième phase de son mandat. Au cours du débat tenu lors de la session de juin 2010 du Conseil, les délégations sont convenues que les recommandations devraient prendre la forme de «principes directeurs».

44. Le 24 mars 2011, le représentant spécial chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, a remis son rapport final au Conseil des droits de l'homme de l'ONU. Ce rapport, qui présente les Principes directeurs des Nations Unies («*Guiding Principles*») répond de manière concrète au cadre de référence «Protéger, respecter et réparer» («*Protect, respect and remedy*») présenté en 2008 avant d'être accepté par le Conseil des droits de l'homme, et destiné à être utilisé par les entreprises et les Etats. Il est le résultat d'une procédure de consultation de longue haleine, au cours de laquelle les cercles des intéressés, issus des milieux de la politique, de l'économie et de la société civile, ont pu faire part de leurs requêtes.

45. Même une fois approuvées par le Conseil des droits de l'homme, les dispositions de ces «principes directeurs» restent juridiquement non contraignantes (*soft law*⁴⁸). M. Ruggie, lui-même le dit au point 14 de son rapport (A/HRC/17/31) :

47. Rapport du représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises. Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence «protéger, respecter et réparer» des Nations Unies, doc. NU A/HRC/17/31 du 21 mars 2011.

48. La position de la Suisse est significative :

«Les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme font l'objet d'un large consensus au sein du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies. Ils ne comportent aucune nouvelle obligation juridique, mais des recommandations pour aider les Etats et les entreprises

«La contribution des Principes directeurs sur le plan normatif ne consiste pas à créer de nouvelles obligations juridiques internationales mais à préciser les conséquences découlant des normes et pratiques existantes pour les Etats et les entreprises; à intégrer ces normes et pratiques dans un seul modèle de portée globale qui soit logiquement cohérent; à recenser les cas où le régime en vigueur se montre insuffisant; et à voir comment il convient de l'améliorer. Chaque principe est assorti d'un commentaire qui en précise le sens et les incidences.»

Ce point est ultérieurement confirmé parmi les «principes généraux» à l'intérieur des *Guiding Principles*⁴⁹. Autrement dit, les Principes directeurs sont alignés sur le système international des droits de l'homme et y contribuent en définissant, développant et explicitant, à l'intention des Etats et des entreprises, les normes et pratiques en vigueur.

46. En revanche, les Principes directeurs des Nations Unies ne sont pas une convention internationale qui peut être ratifiée par les Etats et ils ne créent pas de nouvelles obligations juridiques. En fait les Principes explicitent les conséquences des conventions internationales en vigueur pour les Etats et ils indiquent la manière d'appliquer ce cadre juridique. Cela ne veut pas dire pour autant que le rapport entre les entreprises et les droits de l'homme soit une zone de non-droit, puisque les Principes directeurs renvoient aux obligations qui incombent déjà aux Etats en vertu du droit international (Principe 1) et qu'une nouvelle législation interne ou internationale peut être mise en place pour assurer la mise en pratique des principes. On pourrait penser qu'il s'agit d'un autre Code de conduite (une activité très à la mode dans les organisations internationales qui ont encore l'illusion de prescrire des règles aux STN), donc d'un autre exercice de *soft law*. Mais le but des principes n'est pas vraiment prescriptif comme l'était celui du projet mort-né des normes de 2003 : ils vont fonder un véritable cadre de référence avec

à appliquer les obligations en vigueur et à assumer leurs responsabilités en matière de droits humains.» http://www.parlament.ch/e/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20123503.

49. Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence «protéger, respecter et réparer» des Nations Unies :

«Aucun élément des Principes directeurs ne doit être interprété comme instituant de nouvelles obligations en vertu du droit international, ou limitant ou compromettant la moindre obligation juridique qu'un Etat aurait contractée ou à laquelle il serait assujéti conformément au droit international dans le domaine des droits de l'homme.»

des piliers où chaque acteur a son rôle et où les directions de marche sont clairement identifiées.

47. C'est pourquoi, il serait exagéré d'en déduire que ces Principes directeurs sont insignifiants en droit international privé ou qu'ils ne font partie que de la cosmétique juridique en droit international «public». Nous ferons souvent référence à ces travaux dans notre cours parce que ces principes vont au cœur de la Communauté transnationale contemporaine et ils bénéficient déjà d'un haut degré d'acceptation dans presque tous les milieux politiques et économiques.

Le cadre de référence de Ruggie est un cadre assez banal mais solide, utile pour bien comprendre les enjeux du droit international positif contemporain, ses limites actuelles et ses perspectives d'avenir.

Autrement dit, la portée politique des Principes directeurs des Nations Unies prime sur leur signification juridique qui, parfois, est assez faible ou vague⁵⁰.

Bref, le mérite de ces travaux est de rallier, dans un cadre de co-régulation, les acteurs cruciaux issus du secteur public et privé à la cause de la protection des droits de l'homme.

D'après M. Ruggie, son approche est celui du

«principled form of pragmatism: an unflinching commitment to the principle of strengthening the promotion and protection of human rights as it relates to business, coupled with a pragmatic attachment to what works best in creating change where it matters most – in the daily lives of people»⁵¹.

Dans cette perspective, le cadre de référence «protect, respect and remedy» ainsi que les directives y afférentes ne sont pas à regarder comme un standard ou une règle de droit en soi : ils correspondent plutôt au début d'un processus qui demande encore un grand travail de mise en œuvre de la part de tous les acteurs impliqués – à savoir, principalement les Etats et les entreprises. Et le droit international comme le droit

50. Il suffit d'explorer les passages des Principes directeurs où l'on parle de «responsabilité» des Etats et des entreprises sans en préciser les conséquences juridiques ou encore de comprendre juridiquement la diligence raisonnable («*due diligence*») qui est une notion applicable aux Etats et aux entreprises avec des significations totalement différentes. Ensuite, comment peut-on qualifier juridiquement le discours sur les atteintes portées aux droits de l'homme de «risques» encourus par les entreprises du point de vue de leur réputation, ou encore des difficultés opérationnelles engendrées et de la sécurité des entreprises et des collaborateurs ?

51. *Interim Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, E/CN.4/2006/97, 2006, par. 81.

international privé de chaque Etat va suivre ce processus, car comme M^{me} Rosalynne Higgins nous l'a montré, *International Law is also a process!*

48. Enfin, le Conseil des droits de l'homme de l'ONU a adopté, par consensus, le 16 juin 2011⁵², les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, ainsi que le rapport final du représentant spécial de l'ONU chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises⁵³.

49. En Europe, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a reconnu ces principes dans une déclaration datant de 2014 et a fait part de son vif soutien pour que les Etats membres les mettent en œuvre. Le 2 mars 2016, il a adopté une recommandation détaillée sur les droits de l'homme et les entreprises⁵⁴. Elle se fonde sur les Principes directeurs et formule des recommandations plus précises pour aider les gouvernements européens à prévenir les violations des droits de l'homme commises par les entreprises et à y remédier, tout en insistant sur les mesures visant à les inciter à respecter ces droits. Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe exhorte également les Etats membres à développer et à adopter des plans d'action nationaux, à partager les bonnes pratiques.

50. A son tour, l'Union européenne a reconnu les Principes directeurs comme étant le «cadre politique faisant autorité» dans le domaine de la responsabilité sociale des entreprises. Depuis 2011, la Commission européenne encourage les Etats membres de l'UE à élaborer des plans d'action nationaux (PAN) pour mettre en œuvre les Principes directeurs.

52. A travers la résolution A/HRC/17/L.17/Rev.1.

53. En sus de l'approbation des principes directeurs, il convient de clarifier la suite des événements à l'échéance du mandat de John Ruggie en juin 2011, afin de s'assurer que le processus mis en marche ne s'arrête pas là. A cet effet, M. Ruggie a soumis des recommandations au Conseil des droits de l'homme en février 2011. Sur le plan institutionnel, celles-ci proposent entre autres la création d'un comité directeur pluripartite (*«multi-stakeholder steering committee»*), chargé de l'implémentation cohérente des principes directeurs dans les mécanismes actuellement en place. Par ailleurs, certaines obligations des entreprises et certains droits revenant aux victimes en matière de droits humains sont encore à clarifier sous l'angle du contenu, ce afin de garantir une application uniforme des principes au-delà des frontières et des juridictions.

54. Recommandation CM/Rec(2016)3 du Comité des ministres aux Etats membres sur les droits de l'homme et les entreprises, adoptée par le Comité des ministres le 2 mars 2016.

4. La suite des travaux de Ruggie

51. Les dernières années ont été marquées partout dans le monde par une grande vague de mobilisation populaire contre les inégalités sociales, les privilèges des élites et le pouvoir des entreprises.

La crise financière et économique mondiale a plongé de nombreux pays industrialisés dans la récession, ce qui a eu un effet néfaste dans les pays en développement et émergents. La spéculation sur les marchés des matières premières à la même période a considérablement accru la volatilité des prix des denrées alimentaires et de l'énergie. Dans chaque pays, du Nord comme du Sud, les déficits budgétaires résultant de la crise ont conduit le gouvernement à réduire les dépenses sociales et à courir le risque d'une augmentation de la pauvreté et des inégalités.

Les manifestations de la mobilisation transnationale de la société civile⁵⁵ vont de la chute des régimes autocratiques lors du Printemps arabe, à la lutte contre la corruption dans les pays du Nord et du Sud, en passant par les mouvements *Occupy* aux Etats-Unis et ailleurs. Malgré toutes leurs différences et spécificités nationales, ces mouvements peuvent être considérés comme l'expression de la demande de la société civile d'une plus grande et meilleure justice par rapport à ce qu'on a connu jusqu'à maintenant.

52. Afin de poursuivre les discussions, le Conseil des droits de l'homme a créé deux nouvelles entités, qui succèdent au mandat du représentant spécial : premièrement, un Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des entreprises transnationales et autres entreprises⁵⁶, composé de cinq experts indépendants ; deuxièmement, un Forum annuel sur les entreprises et les droits humains ouvert à tous les milieux intéressés⁵⁷.

53. Dans le premier cas, ce Groupe de travail est indépendant de tout gouvernement ou organisation. Il rend compte au Conseil des droits de l'homme et à l'Assemblée générale de l'ONU.

Il est chargé, *inter alia* : de promouvoir la diffusion et l'application efficaces et globales des Principes directeurs ; de mettre en évidence, partager et promouvoir les bonnes pratiques et les enseignements

55. Voir à ce propos les réflexions de M. Reisman, « The Quest for World Order and Human Dignity in the Twenty-First Century: Constitutive Process and Individual Commitment », *Recueil des cours*, tome 351 (2010), p. 9-381.

56. *Working Group on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises*, paragraphe 6 de la résolution.

57. *Forum on Business and Human Rights*, paragraphe 13 de la résolution. Le mandat du Forum annuel est défini dans le document A/HRC/17/4, par. 12.

découlant de la mise en œuvre des Principes directeurs; de formuler des avis et des recommandations concernant l'élaboration de lois et politiques nationales relatives aux entreprises et aux droits de l'homme; de continuer à étudier les moyens, aux niveaux national, régional et international, d'améliorer l'accès à des recours efficaces pour les personnes dont les droits de l'homme sont contrariés par les activités d'une entreprise, y compris dans les zones de conflit⁵⁸.

54. A son tour, le Forum annuel sur les entreprises et les droits de l'homme vise à réunir différentes parties prenantes dans un dialogue ouvert afin d'examiner les tendances et les difficultés de l'application des Principes directeurs des Nations Unies. L'objectif principal du Forum annuel demeure, donc, le dialogue à l'échelle mondiale et l'échange d'idées sur les difficultés d'application des Principes directeurs et les enseignements tirés de cette application.

5. Un nouveau groupe de travail de l'ONU. Pour quel avenir ?

55. Le Conseil des droits de l'homme de l'ONU a donc opté pour une solution informelle et en même temps il a rajouté un deuxième groupe de travail pour explorer à nouveau la possibilité de négocier un traité international portant des obligations pour les STN.

56. Pour le premier groupe de travail on n'a pas envisagé un ancrage institutionnel fort, comme la création d'un organe spécialisé sur les entreprises et les droits de l'homme au sein du Haut-Commissariat aux droits de l'homme de l'ONU. Le domaine de compétence du groupe de travail est défini en des termes assez généraux : bien que sa fonction première soit consultative, il peut de son propre chef adopter un rôle plus actif en dispensant des conseils sur les mécanismes de réparation (par. 6e). A ce droit d'initiative ponctuel s'oppose cependant le devoir général de demander l'accord préalable des Etats concernés, par exemple au travers de propositions pour la législation nationale. Il apparaît ainsi clairement que ce groupe de travail ne peut être considéré comme un nouvel organe de surveillance établi sur le modèle des institutions nationales pour les droits humains, mais qu'il est contraint de s'intégrer par le dialogue dans la structure actuelle des commissions internationales et nationales.

57. Le forum annuel sur les entreprises et les droits de l'homme est placé sous la conduite du groupe de travail. Conçu comme une

58. A/HRC/RES/17/4, 6 juillet 2011, par. 6.

plate-forme ouverte et s'inscrivant dans l'approche multipartite bien testée par Ruggie, il a pour objectif de favoriser les échanges entre toutes les personnes et tous les milieux impliqués. Il s'agit donc d'un organe informel de discussion non pas de prescription !

58. Que dire, enfin, de l'autre groupe de travail, établi par le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies le 26 juin 2014 grâce à une résolution déposée par l'Equateur et l'Afrique du Sud ? Ici, il s'agit d'

«un groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme, qui sera chargé d'élaborer un instrument international juridiquement contraignant pour régler, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises»⁵⁹.

Comme «autres entreprises économiques» il faut comprendre explicitement toutes les entreprises dont les activités présentent un «caractère transnational». Les entreprises locales régies par le droit interne ne sont pas concernées (A/HRC/26/L.22/Rev.1, note 1).

59. Les défenseurs de cette résolution sont des pays comme la Chine, l'Equateur, l'Inde et l'Afrique du Sud. Ils visent essentiellement l'amélioration de la protection des victimes de violations des droits humains qui ne serait pas garantie par les seuls Principes directeurs de l'ONU de M. Ruggie et qui ne se serait pas beaucoup améliorée depuis 2011. Ils soulignent qu'un instrument juridiquement contraignant serait en outre nécessaire afin de compenser le déséquilibre des forces entre les entreprises transnationales puissantes et les Etats faibles.

60. Les défenseurs des Principes directeurs de l'ONU (par exemple les Etats-Unis, l'Union européenne, la Grande-Bretagne ou le Japon) soulignent que les succès actuels de ces derniers seraient remis en question à cause de l'insécurité inéluctablement liée à la création d'un instrument concurrent. De plus, ils rappellent l'échec des Normes de 2003 (*supra*) par rapport auxquelles les Principes directeurs ont constitué une alternative bien accueillie. Peut-être la seule alternative possible.

61. Entre les deux extrêmes, on peut toutefois observer qu'il peut y avoir une complémentarité entre le futur instrument contraignant et les Principes directeurs de l'ONU. Ces derniers, comme on le verra dans ce cours, laissent ouvertes plusieurs questions de caractère juridique

59. A/HRC/26/L.22/Rev.1, ch. 1.

qui pourraient trouver une réponse, peut-être, dans des normes conventionnelles.

D. Plan du cours

62. Ainsi que le mentionne l'intitulé de ce cours choisi par le Curatorium de l'Académie de La Haye, celui-ci porte sur la «protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales».

Dans la première partie de notre cours, il s'agit de parler des obligations de respecter, de protéger et de mettre en œuvre les droits de l'homme surtout lorsque des entreprises transnationales violent ces droits.

Or, en droit international, le devoir de respecter, protéger et mettre en œuvre les droits de l'homme est l'obligation primaire de l'Etat. Il faudra donc raisonner en termes de compétences des Etats, de responsabilité internationale, ainsi que de la position de l'Etat hôte d'une STN et de son Etat d'origine (chapitre I). Il faudra réfléchir aussi sur des nouveaux termes de droit international, parfois très difficiles à traduire – s'agissant des mots venant de l'anglais et de la science des relations internationales – comme les notions de redevabilité (*accountability*) et de diligence raisonnable (*due diligence*).

Mais les Etats ne sont pas seuls sur notre planète et ils ne sont pas – ou plus – les seuls sujets du droit international contemporain. Les STN désormais s'imposent sur la scène internationale. Elles ont su s'adapter à un monde réparti entre des souverainetés politiques et territoriales sous la forme d'Etats, grands et petits, ce qui leur a permis de choisir la loi la plus favorable à leurs activités, un véritable shopping du droit (*law shopping*) ainsi que de profiter du *forum shopping*. Les techniques de droit international privé seront ici précieuses car elles nous permettent de bien saisir des questions comme la compétence internationale du juge national, des conflits de lois, la reconnaissance des actes et des décisions étrangers ainsi que la condition des étrangers. En effet, il s'avère, *inter alia*, que les sociétés transnationales ont acquis des *droits de l'homme* qui étaient simplement impensables il y a trente ans. Dans un cadre international-régional comme, par exemple, celui du Conseil de l'Europe, la Cour européenne des droits de l'homme a fini par reconnaître une série de droits de l'homme au bénéfice des personnes morales. Ce qui veut dire que si les sociétés transnationales violent les droits de l'homme elles en seront tenues pour responsables mais, en

même temps, si les Etats violent les droits de l'homme de tous, parfois les sociétés commerciales pourront être traitées comme victimes, aux côtés des individus.

Dans les deuxième et troisième chapitres de notre cours, il s'agit d'examiner le rôle des entreprises en tant qu'organes de la société, au sens du préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. Les Principes directeurs des Nations Unies, à ce propos, exigent que les entreprises transnationales se conforment à toutes les lois applicables et au respect des droits de l'homme : il s'agit d'une « responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme ». Toutefois, loin de définir un standard de responsabilité juridique, il s'agit, d'après les Principes directeurs, de transformer la vétuste responsabilité sociale d'entreprise en un ensemble cohérent d'outils managériaux de prévention et de limitation du risque de violation des droits de l'homme. Il s'agit de questions complexes, soit du point de vue de la gestion d'entreprise, soit parce qu'elles soulèvent des enjeux juridiques qui touchent à la fois la matière des obligations contractuelles (on parlerait à ce propos de « contractualisation » des droits de l'homme) et celle des obligations extracontractuelles en perspective transnationale.

Enfin, et c'est l'objet de la deuxième partie du cours, il faudra apprécier les voies de recours disponibles et plus en général l'accès à la justice en cas de violations des droits de l'homme.

En effet, comme diraient les anglais, *remedies precede rights!* Et la prolifération des traités internationaux de protection des droits de l'homme, des actes internationaux, des organes de contrôles, des lois ou des études doctrinales de ces questions, ne servirait à rien aux victimes sans un accès à des remèdes appropriés et effectifs.

Dans un premier temps, si les activités d'une société transnationale produit des dommages qui se traduisent en violations des droits de l'homme il faudra se demander quelles sont les voies de recours pour les victimes dans l'Etat hôte et si elles peuvent éventuellement saisir les juges de l'Etat d'origine d'une STN (chapitre IV).

Mais la justice de l'Etat, lorsqu'elle arrive, n'est pas tout ce que les victimes peuvent demander. En effet, les Principes directeurs de l'ONU mettent en évidence toute une série de mécanismes non étatiques ou para-étatiques qui peuvent être employés soit pour prévenir les violations des droits de l'homme, soit pour y remédier. Il s'agit des mécanismes qui sont organisés directement par les sociétés commerciales, ou qui existent à l'intérieur de l'Etat sans être, *stricto sensu*, ses organes (chapitre V).

Enfin, dans un chapitre final nous aborderons la question de l'accès immédiat des victimes à des mécanismes interétatiques de protection des droits de l'homme. Si l'Etat ne protège pas les droits de l'homme et/ou les entreprises transnationales n'arrivent pas à prévenir et à remédier à des violations de ces droits attribuables à leurs activités, l'accès des individus au droit international tout court devient incontournable (chapitre VI). Dans cette perspective, l'accès des personnes privées à des mécanismes interétatiques devient la dernière possibilité pour faire entendre leur douleur et demander une juste réparation.

PREMIÈRE PARTIE

L'OBLIGATION DE PROTÉGER, RESPECTER ET
METTRE EN ŒUVRE LES DROITS DE L'HOMME

CHAPITRE I

LE DEVOIR DE RESPECTER, PROTÉGER ET METTRE EN ŒUVRE LES DROITS DE L'HOMME COMME *OBLIGATION PRIMAIRE* DE L'ÉTAT

INTRODUCTION

63. A notre époque, celle de la mondialisation économique et du «village global», il n'existe pas une Cour mondiale de protection des droits de l'homme où les individus (et éventuellement les sociétés commerciales) peuvent se plaindre des violations commises par les Etats ou par les entreprises.

En droit international des droits de l'homme, les Etats restent les premiers responsables du respect, de la protection et de la mise en œuvre des droits humains relevant de leur juridiction⁶⁰.

La décentralisation politique, la privatisation des services publics et les grandes transformations dans l'économie mondialisée n'ont pas modifié ce postulat. Mais le lien entre l'Etat et les citoyens, au sens du contrat social de Rousseau, est désormais au centre d'un réseau plus complexe de responsabilités interdépendantes impliquant des acteurs au-dessous, en dessus et au-delà de l'Etat.

64. En général, les conventions internationales sur les droits de l'homme n'imposent pas directement d'obligation juridique aux entreprises commerciales. En revanche, les obligations incombant aux Etats conformément au droit international des droits de l'homme leur prescrivent de respecter, protéger et mettre en œuvre (*respect/protect/fulfill*) les droits fondamentaux des individus sur leur territoire et/ou sous leur juridiction.

Respecter les droits de l'homme signifie, avant tout, que l'Etat (et ses agents) doit s'abstenir de prendre toutes mesures arbitraires de nature à faire obstacle ou à gêner directement ou indirectement l'exercice d'un

60. Ainsi par exemple C. Zanghi, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Turin, Giappichelli, 2013; C. Tomuschat, *Human Rights. Between Idealism and Realism*, Oxford, OUP, 3^e éd., 2014; U. Villani, *Dalla Dichiarazione universale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 2^e éd., Bari, 2015; F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 12^e éd., Paris, PUF, 2015.

droit de l'homme. Autrement dit, l'obligation de respect suppose que les Etats n'entravent pas la jouissance des droits de l'homme.

Les protéger revient à veiller à ce que des tiers n'entravent ni ne bafouent aucun des droits. En vertu de l'obligation de protection, qui prend en considération le rôle des tiers, les Etats sont tenus d'empêcher ces derniers d'entraver l'exercice des droits de l'homme par la population.

Donc «protéger» veut aussi dire pour l'Etat une obligation de source internationale de «faire respecter» les droits de l'homme pour tous, y compris des sociétés implantées sur son sol ou soumises à sa juridiction. Souvent, en pratique, cela implique que les Etats ont la responsabilité de promulguer et de faire respecter une législation interne qui a pour effet d'obliger les entreprises à respecter les droits de l'homme, par exemple des lois fixant l'âge minimum du travail.

Mettre en œuvre les droits de l'homme se traduit aussi dans des obligations positives, voire que l'Etat prenne les mesures appropriées d'ordre législatif, administratif, budgétaire, judiciaire, incitatif ou autre pour assurer la pleine réalisation des droits ; il doit mettre en œuvre des politiques ou des programmes propres à en garantir l'accès et à assurer leur exercice.

C'est dire beaucoup ! Mais chaque Etat, du moins, essaye de faire de son mieux car nul Etat n'est innocent vis-à-vis de la plénitude des droits de l'homme pour tous.

Ici, on songe à la relation verticale entre l'individu et l'Etat, relation qui peut même donner lieu à un droit de recours en faveur de l'individu selon chaque traité international applicable au cas d'espèce⁶¹. Les Etats sont notamment tenus de protéger lorsque des tiers, y compris des entreprises, portent atteinte aux droits de l'homme sur leur territoire et/ou sous leur juridiction.

65. Ainsi s'exprime aussi le Principe directeur des Nations Unies n° 1. Cependant, dans ce document on précise que l'

«obligation de protéger incombant à l'Etat est une norme de conduite. En conséquence, les Etats ne sont pas tenus responsables à proprement parler des atteintes aux droits de l'homme commises par des acteurs privés. Ils peuvent toutefois être réputés avoir manqué à leurs obligations en vertu du droit international des droits de l'homme lorsque ces atteintes peuvent leur être attribuées ou

61. Cependant voir J. Knox, «Horizontal Human Rights Law», *AJIL*, 2008, p. 102 ss.

lorsqu'ils ne prennent pas les dispositions voulues pour empêcher ces atteintes par des acteurs privés, et lorsqu'elles se produisent, enquêter à leur sujet, en punir les auteurs, et les réparer. Si les Etats sont généralement libres de se prononcer sur ces mesures comme ils l'entendent, ils devraient envisager tout l'éventail des mesures de prévention et de réparation autorisées, y compris les politiques, les lois, les règles et les procédures judiciaires».

Pour les «droits de l'homme»⁶² les résultats des Principes directeurs des Nations Unies au niveau de ce principe général sont donc assez décevants. M. Ruggie a «découvert» que les Etats sont tenus à l'application du droit international des droits de l'homme dans l'ordre juridique interne et, pis, on souligne qu'il s'agit d'une obligation des moyens, pas de résultat.

Dans la même perspective critique, grâce aux «résultats» du représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies, les Sociétés transnationales (STN), n'ayant pas des obligations fondées en droit international – sauf à s'implanter dans un Etat très respectueux des droits de l'homme soucieux d'utiliser sa compétence extraterritoriale pour s'ériger policier du monde – sont invitées à continuer avec leur pratique de codes de conduite de responsabilité sociétales des entreprises (RSE), ce qui équivaut, toujours dans le langage des «droits de l'homme» au pur *marketing* et au *self service juridique* avec la bénédiction, le *bluewashing*, des Nations Unies.

66. Or, on sait que la relation avec les sociétés transnationales est particulièrement complexe et doit être bien gérée par chaque Etat. Il faut donc, sans doute, se féliciter de l'adoption des Principes directeurs des Nations Unies, quoique certaines faiblesses, surtout du point de vue juridique, puissent être relevées. Le sujet reste, en effet, complexe car il porte sur «an unusual global policy process»⁶³.

D'un côté, les entreprises concourent à la réalisation des droits de l'homme, spécialement les droits économiques consacrés dans le Pacte international de 1966, notamment en contribuant au développement économique, à la création d'emplois et à l'investissement productif.

De l'autre côté, il est indéniable que, dans le vide de régulation – voire dans sa baisse –, l'activité non réglée de quelques entreprises peut nuire

62. L'expression est du professeur Alain Pellet, employé par exemple dans l'article «Du bon usage du «droits de l'homme» paru dans *Le Monde* le 26 octobre 2002. Voir aussi A. Pellet, «“Human Rightism” and International Law», *IYIL*, 2000, p. 1 ss.

63. Ainsi J. Ruggie, *Just Business. Multinational Corporations and Human Rights*, Norton, New York, 2013, p. xi.

à la jouissance des droits de l'homme. Les exemples de problèmes qui en découlent, souvent dénoncés par la presse et les ONG comme un *Far West* du droit, abondent : ils vont du travail des enfants et de l'absence de conditions de travail sûres aux effets néfastes sur le droit à la santé, le niveau de vie des populations – y compris des peuples autochtones – et l'environnement, et au rôle dévastateur de la corruption, en passant par la limitation des droits syndicaux et la discrimination à l'égard des travailleuses.

A ce propos, une « Déclaration sur les obligations des Etats parties concernant le secteur des entreprises et les droits économiques, sociaux et culturels » a été rendue par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU le 11 juillet 2011 (doc. E/C.12/2011/) ⁶⁴.

Ici, on réaffirme – en se référant au Pacte international des droits économiques sociaux et culturels de 1966 – que

« [l]es Etats parties ont l'obligation primordiale de respecter et de protéger les droits inscrits dans le Pacte de toutes les personnes placées sous leur juridiction, et d'en favoriser la mise en œuvre, dans le contexte des activités des entreprises, publiques ou privées. Cette obligation découle du paragraphe 1 de l'article 2 du Pacte, qui définit la nature des obligations des Etats parties, faisant état des mesures législatives et autres propres à assurer la réalisation des droits, qui englobent les mesures administratives, financières, éducatives et sociales, les évaluations des besoins aux plans national et mondial, et le fait d'assurer des recours judiciaires ou autres recours utiles ».

Il s'agit bien d'obligations positives, mais les Principes directeurs des Nations Unies nous montrent que ces obligations positives sont des obligations de moyens et pas de résultat car nul n'est parfait !

67. La « responsabilité » internationale de l'Etat pour violation des droits de l'homme est reconnue à différents niveaux par le droit international des droits de l'homme et est réaffirmée dans le premier pilier du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies, relatif aux entreprises et aux droits de l'homme, le pilier concernant l'obligation des Etats de protéger. Mais s'agit-il toujours de la « responsabilité » internationale au sens du droit international « public » ? On peut douter que les Principes directeurs des Nations

64. http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f2011%2f1&Lang=en.

Unies portent l'éclairage attendu sur cette question, voire que lesdits Principes augmentent ou définissent les «responsabilités» des Etats au sens juridique du terme. M. Crawford, dans un livre récent a mis en garde les internationalistes tout en montrant qu'au-delà des obligations juridiques, seules porteuses de «responsabilité» au sens technique l'on reste, dans le domaine des relations internationales, soit au niveau du «droit programmatoire» soit dans celui de l'«accountability»⁶⁵.

D'après M. Crawford :

« The definition of responsibility for the purpose of ARSIWA is the “legal relations which arise under international law by reason of an internationally wrongful act”. By contrast, the notion of accountability is less clear. Indeed there is no exact equivalent in other European languages . . . The notion of accountability is distinguishable from the notion of responsibility in three ways. First, it is not limited to responsibility towards other States under international law, but includes responsibility towards an international organization's staff as well as individual persons, irrespective of the applicable law. Second, it embraces a more extensive political understanding, that is the duty to account, by whatever means, for the exercise of power. Third, it includes primary norms that can be termed norms of good governance, and incorporates the concept of transparency in both the decision-making process and the implementation of decisions. »⁶⁶

68. En effet, M. Ruggie, lui-même professeur de sciences politiques, a affirmé que les Principes directeurs des Nations Unies sont seulement «the end of the beginning» et surtout «a common foundation from which thinking and action of all stakeholders would generate cumu-

65. J. Crawford, *State Responsibility. The General Part*, CUP, 2014, p. 63. L'auteur explique que dans la version anglaise des travaux de la Commission du droit international (CDI) il ne faut pas distinguer entre «*liability*» et «*responsibility*» s'agissant de la même notion juridique. Cf. M. Kamto, *Droit international de la gouvernance*, Paris, Pedone, 2013, p. 53, qui explique que :

« L'expression «reddition des comptes» est une traduction en français du terme anglais «accountability». Celui-ci est souvent employé comme un synonyme des concepts de «responsibility, answerability, blameworthiness, liability» et d'autres termes associés à l'idée de rendre compte ... Du point de vue juridique, l'obligation de rendre compte concerne aussi bien la gestion des droits de l'homme que la gestion des ressources publiques. »

Voir en général aussi N. Weiß et J.-M. Thouvenin (dir. publ.), *The Influence of Human Rights on International Law*, Springer, 2015.

66. *Ibid.*, p. 84-85.

lative progress over time»⁶⁷. Par conséquent, sauf à se plaindre du manque de rigueur juridique des Principes directeurs, il faut savoir que la notion de «responsabilité» au sens du droit international est plus étroite que celle d'«accountability». Les Principes directeurs, donc, à quelques exceptions près, s'efforcent de fixer le cadre général où les Etats et les entreprises sont «accountable» – même si la distinction ne figure pas – avant d'être «responsable» au sens technique du terme.

Dans un premier temps, on abordera les relations étroites entre «responsibility» et «accountability» car les obligations incombant aux Etats conformément au droit international des droits de l'homme leur prescrivent de respecter, protéger et mettre en œuvre (*respect/protect/fulfill*) les droits fondamentaux des individus sur leur territoire et/ou sous leur juridiction (A). Ensuite, nous aborderons la question de savoir si les organisations internationales ont des obligations analogues, du moins, dans quelques contextes spécifiques comme celui de l'Union européenne ou des institutions financières internationales (B).

A. La protection des droits de l'homme par l'Etat possédant la compétence de le faire (la «jurisdiction»)

69. En droit international, le concept de «*jurisdiction*» de la doctrine anglophone est généralement utilisé pour celui de «compétence de l'Etat» employée par la doctrine francophone et l'Europe continentale⁶⁸.

Il s'agit du pouvoir, attribué par le droit international à l'Etat, de réglementer le comportement des personnes physiques et morales, de l'influencer, et d'attacher des conséquences à des faits qualifiés par lui.

67. «Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises», John Ruggie, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, 21 mars 2011, A/HRC/17/31, par. 13.

68. Voir *inter multos*: D. Carreau et F. Marrella, *Droit international*, op. cit., p. 336 ss; *Diritto internazionale*, op. cit., p. 301 ss; P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *Droit international public*, 13^e éd., Paris, Dalloz, 2016, p. 104 ss; E. Decaux et O. de Frouville, *Droit international public*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2016, p. 114 ss; R. Rivier, *Droit international public*, Paris, PUF, p. 394 ss; P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 514-572; en doctrine anglophone: J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford, OUP, 2012, ch. 21; M. N. Shaw, *International Law*, 7^e éd., Cambridge University Press, 2014, p. 469 ss; *Oppenheim's International Law*, par R. Jennings et A. Watts, 9^e éd., Londres, Longman, 1992, p. 456-498; O. Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, 1991, ch. 12; F. A. Mann, «The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years», *Recueil des cours*, tome 186 (1984), p. 13-115; O. Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, 1991, ch. 12.

La compétence de l'Etat découle de sa souveraineté qui en constitue la base.

Dans le *Dictionnaire de droit international public*, dirigé à Bruxelles par le professeur Jean Salmon, on définit la *jurisdiction* comme un «[t]erme évoquant le concept de pouvoir, utilisé dans une série d'expressions comme compétence et dans une autre série d'expressions relatives comme pouvoir de juger»⁶⁹.

A son tour la compétence est un «pouvoir de l'Etat ou d'un de ses organes à la fois sur les espaces relevant de sa compétence territoriale, et sur les personnes ou les engins relevant de sa compétence personnelle».

Mieux encore, on a défini la compétence/*jurisdiction* comme :

«A State's administrative, judicial, executive and legislative activity is part of the exercise of its sovereignty, sometimes known as its jurisdictional sovereignty . . . The exercise of jurisdiction over persons and property by a State necessarily comprises action in the national sphere through its legislature, police force and courts. This action may have also international consequences, such as where jurisdiction is exercised over a foreign national, or the assets of a foreign State or in respect of acts occurring outside the State's territory.»⁷⁰

Il faut donc examiner ces questions du point de vue de l'Etat et des différentes compétences dont il dispose *uti singuli* (1), avant de différencier les compétences de l'Etat hôte (2) de celles de l'Etat d'origine d'une STN (3).

1. Les différents types de compétence (jurisdiction) de l'Etat

70. Dans la jurisdiction-compétence au sens du droit international «public», c'est tout l'apparat de l'Etat qui est en jeu, bien au-delà des juges nationaux car on dépasse, et de loin, la question de la compétence internationale du juge interne (*jurisdiction to adjudicate*) dans le cadre du droit international privé (sur laquelle nous reviendrons dans la seconde partie de ce cours)⁷¹.

69. *Dictionnaire de droit international public*, J. Salmon (dir. publ.), Bruxelles, 2001. C'est nous qui soulignons.

70. M. Dixon, R. McCorquodale et S. Williams, *Cases and Materials on International Law*, 5^e éd., Oxford, 2011, p. 273.

71. Voir paragraphe 401, 3rd *Restatement Foreign Relations Law of the United States*. Voir D. Carreau et F. Marrella, *Droit international*, *op. cit.*, p. 368 ss. Il n'est pas inutile de rappeler l'enseignement de Martin d'après lequel le but du droit international

En effet, si l'on examine les compétences de l'Etat selon la nature du pouvoir exercé⁷² dans leurs rapports avec les personnes et les biens présentant un élément d'extranéité – ou encore, à travers les catégories du droit de la responsabilité internationale –, on peut distinguer, comme le fait clairement le troisième *Restatement of Foreign Relations* des Etats-Unis, la compétence législative (*jurisdiction to prescribe* ou *prescriptive jurisdiction*); la compétence judiciaire (*jurisdiction to adjudicate*), c'est-à-dire relevant de l'exercice du pouvoir de juger⁷³ et celle exécutive (*jurisdiction to enforce*).

La première compétence a une incidence sur le contenu de la loi applicable à une relation juridique donnée. Incluant les normes qu'elle pose pour la détermination de la loi applicable aux rapports trans-frontières, la compétence législative de l'Etat (*jurisdiction to prescribe*) a pour objet les règles (y compris les décisions étatiques) constitutives de son ordre juridique interne y compris ses lois de police et son ordre public⁷⁴.

privé est de «délimiter, en fixant les justes limites de chacune d'elles, les différentes souverainetés dans leur double fonction législative et juridictionnelle de droit privé» (*Principes de droit international privé*, vol. I, Paris, 1931, p. 55, par. 122). Certes, les conflits de lois ne sont pas, du moins en principe, des conflits de souverainetés, mais il reste que le «conflit de juridictions», voire la question de la compétence internationale du juge interne en tant qu'organe de l'Etat, est en stricte corrélation avec le droit international «public» et ses règles de responsabilité internationale. Voir sur ce débat: J. Verhoeven, «Droit international public et droit international privé: où est la différence?», *Archives de philosophie du droit*, 1987, p. 23-34; P. Mayer, «Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence», *Revue critique dipr.*, 1979, 1-29, 349-388 et 537-583, 18; P. Mayer, «Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois», *Droits, revue française de théorie juridique*, 1985, p. 129-143; P. de Vareilles-Sommières, *La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé, droit international public et droit international privé*, Paris, LGDJ, 1997.

72. Voir plus particulièrement M. Keeton, «Extraterritoriality in International and Comparative Law», *Recueil des cours*, tome 72 (1948), p. 283-391; M. Akehurst, «Jurisdiction in International Law», *BYIL*, 1972-1973, p. 145-257; Miaja de la Muela, «Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litige comportant un élément international», *Recueil des cours*, tome 135 (1972), p. 1-96; F. Mann, «The Doctrine of Jurisdiction in International Law», *Recueil des cours*, tome 111 (1964), p. 1-162 et *idem*, «The Doctrine of Jurisdiction Revisited After Twenty Years», *Recueil des cours*, tome 186 (1984), p. 9-116; B. Stern, «Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit», *AFDI*, 1986, p. 7-52 ainsi que M. Bos, «La compétence extraterritoriale des Etats, rapport à l'IDI», *Annuaire IDI*, vol. 65, 1993, tome I, p. 14-48, 97-133, 171-190.

73. Evidemment, par sa source, la compétence juridictionnelle relève de la compétence d'édition en ce que c'est, normalement, la législation qui décide non seulement de la portée extraterritoriale des normes, mais encore de la compétence du juge national.

74. D'après le professeur Lowenfeld, «Jurisdiction to prescribe . . . refers to the authority of a State as a matter of international law to make its law applicable to the

Tandis que l'ensemble des voies d'exécution, saisie, expulsion, arrestation, recherche de preuves, etc., sont le fruit de la compétence d'exécution de l'Etat (sa *jurisdiction to enforce*)⁷⁵.

Bien entendu, il s'agit, là encore, de noter que cette compétence de l'Etat à la fois d'édicter une règle de droit, protectrice des droits humains et à l'encontre d'une société transnationale et d'en assurer l'exécution lui est attribuée en vertu du droit international et est délimitée par celui-ci afin d'être opposable aux autres sujets de la Communauté internationale.

Si l'on examine la compétence de l'Etat selon l'espace géographique sur lequel elle s'exerce, on distinguera la compétence territoriale de la compétence extraterritoriale. Cette dernière va s'exercer, par définition, sur le territoire d'un autre Etat. Par conséquent, elle est admise en droit international seulement dans des cas exceptionnels.

a) *La compétence d'édicter une règle de droit applicable* (prescriptive jurisdiction)

71. On fait ici référence à ce phénomène général selon lequel l'Etat est compétent pour adopter des règles de droit régissant la conduite des sujets de droit de l'ordre interne. La souveraineté territoriale d'un Etat présente deux caractères: la plénitude et l'exclusivité. Par conséquent, l'Etat peut produire des normes en toutes matières quant à son territoire, et il est le seul à disposer de ce pouvoir à cet endroit. C'est ainsi que tout Etat édicte des règles de droit interne (droit civil, droit des sociétés, droit international privé, droit administratif, droit du travail, droit de l'environnement, droit fiscal ou droit pénal) applicables aux nationaux, aux étrangers résidents comme non-résidents y compris aux entreprises⁷⁶. L'Etat est *prima facie* compétent pour organiser, comme il l'entend, son système politique et économique. Il est également compétent pour organiser, comme il l'entend,

activities, relations, or status of persons or the interests of persons in things whether by legislation, executive act, regulation or determination of a court», *International Economic Law*, 2^e éd., Oxford, OUP, 2008, p. 900.

75. D'après M. Lowenfeld, «Jurisdiction to enforce . . . refers to the authority of a State to induce or compel compliance, or to punish non-compliance, with its laws or regulations, whether through its courts or by use of executive, administrative, police, or other non-judicial action», *ibidem*.

76. Il va sans dire que, par exemple, les lois fiscales relatives aux impôts sur les revenus, en dehors d'un traité contre la double imposition, ne frappent pas les non-résidents dans la mesure où l'Etat territorial ne le souhaite pas, comme il le fait pour leurs immeubles.

son système social ou encore son système de protection de l'environnement. Cela étant, bien entendu, dans l'exercice de ses compétences, l'Etat pourra être lié par des obligations de l'ordre international.

b) *La compétence d'exécution d'une règle édictée par un Etat soucieux de protéger les droits humains*

72. Le pouvoir de contrainte de l'Etat est strictement territorial, spécialement l'exercice du pouvoir de coercition sur les personnes, les biens qui s'y trouvent ainsi que les activités qui sont déployées sur le territoire de l'Etat. C'est la *jurisdiction to enforce*! La compétence exécutive est une question différente de la *jurisdiction to adjudicate*, celle de la compétence internationale du juge interne encore qu'elle s'en rapproche s'il s'agit de mettre à exécution (*exequatour*) une décision judiciaire étrangère, des sentences arbitrales ou des actes publics étrangers en matière civile.

Ici, la question est la suivante: si l'Etat est compétent pour édicter une règle de droit donnée, est-il en mesure d'en assurer l'exécution, la sanction? La capacité d'assurer l'exécution d'une règle de droit édictée par l'Etat, c'est le pouvoir des autorités étatiques de se saisir d'un individu, un PDG d'une société, de l'arrêter, au cas où il a violé une règle du droit pénal, par exemple; c'est également la possibilité de saisir un bien d'un individu ou d'une société; c'est la possibilité de dissoudre une société et de la sanctionner ou encore de traduire un individu en jugement si celui-ci a violé une règle édictée par l'Etat. En bref, c'est la possibilité pour l'Etat de mettre en œuvre toutes les voies d'exécution forcée afin de faire respecter les règles qu'il a édictées ou qu'il estime applicables (par exemple tout en reconnaissant un acte ou une décision étrangère et en ordonnant l'*exequatour*) y compris les règles de droit international des droits de l'homme en vigueur.

c) *Les rapports entre ces deux capacités*

73. La capacité d'édicter une règle de droit et d'en assurer l'exécution coïncident le plus souvent; mais parfois la coïncidence n'est pas complète. Un groupe transnational de sociétés peut donc jouer avec le *forum shopping* et le *law shopping* tout en considérant que le nombre d'Etats sur la planète est proche de deux cents!

i) *Leur coïncidence*

74. Il s'agit du cas le plus rassurant et le plus fréquent : celui où un Etat, en exerçant sa juridiction, édicte une règle de droit et, en même temps, a les moyens, la compétence d'en assurer l'exécution.

Ainsi, à propos de la protection du droit de propriété, en matière de nationalisations, un Etat a, en principe, le droit de nationaliser les biens de ses propres nationaux ou de ressortissants étrangers : il possède ici la capacité d'édition. Il pourra également procéder à l'exécution de cette mesure en prenant effectivement possession des biens qui se trouvent situés sur son territoire : l'Etat possède ici la compétence générale d'exécution en raison de la localisation des biens, la *lex rei sitae*⁷⁷.

Toutefois, ces pouvoirs devront être exercés par l'Etat en conformité avec les obligations internationales découlant du droit international (par exemple, dans l'espace européen, en conformité avec l'article 1, Protocole 1 CEDU).

Rien de cela n'est automatique au-delà du territoire national. Sauf si les Etats étrangers sont disposés à prêter leur concours à la mise à exécution de la décision rendue, par exemple à travers un traité international, l'efficacité de celle-ci est limitée aux personnes, aux faits et aux situations localisées sur le territoire d'un Etat donné.

ii) *Leur absence de coïncidence*

75. Il existe des cas où ces deux types de compétences n'appartiennent pas cumulativement au même Etat, comme l'a dit la CPJI dans l'affaire du *Lotus* :

« [l]oin de défendre d'une manière générale aux Etats d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il [le droit international] leur laisse, à cet égard une large liberté qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives ; pour les autres cas, chaque Etat reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables »⁷⁸.

Cela veut dire, en pratique, que si la compétence d'exécution est strictement limitée au territoire de l'Etat qui l'exerce, on reconnaît que la compétence normative de l'Etat n'est pas nécessairement

77. Carreau, Marrella, *Droit international*, p. 368.

78. CPJI, *Affaire du Lotus*, série A n° 10, p. 19.

territorialement limitée ou prohibée par le droit international. En d'autres termes, un Etat ne violerait pas le droit international s'il adoptait des lois à portée extraterritoriale, mais il le violerait s'il entendait mettre en œuvre ces règles en territoire étranger, via l'exercice de sa compétence d'exécution.

Bref, il y a une certaine place pour des lois extraterritoriales, même si la compétence de l'Etat est par essence territoriale. La pratique récente des Etats atteste clairement de cette réalité, du moins en droit international économique⁷⁹. Mais il s'agit d'un pouvoir de l'Etat à exercer avec grande précaution. En effet, lorsqu'un Etat prétend exercer des compétences extraterritoriales on se trouve, tôt ou tard, devant des problèmes internationaux délicats car on peut arriver rapidement à des conflits de compétences, c'est-à-dire mettant en opposition au moins deux souverainetés étatiques. Ces véritables « conflits de juridictions » de droit international⁸⁰ sont réglés par la coopération judiciaire en matière civile (ou pénale, vu que les règles de protection des droits de l'homme sont potentiellement sanctionnées pénalement). En dehors de cette coopération, ces conflits de juridictions peuvent créer de fortes tensions à l'échelle internationale car la souveraineté territoriale a comme corollaire le principe de non-intervention (ou de non-ingérence) dans les affaires internes d'un autre Etat ainsi que le principe de l'utilisation non dommageable du territoire national⁸¹.

A un niveau différent, celui du droit interne – sauf traité ou autre acte international de *hard law* portant règles de droit uniforme – le champ d'application territorial des lois nationales et étrangères est aménagé par le droit international privé : c'est ainsi que les tribunaux d'un Etat,

79. Il suffit d'évoquer les droits américain et européen de la concurrence – surtout le droit des Etats-Unis. Voir par exemple, B. Stern, « L'extraterritorialité « revisitée » : où il est question des affaires *Alvarez-Machain*, *Pâte de bois* et de quelques autres », *AFDI*, 1992, 38, p. 289-294. Cf. Lowenfeld, *op. cit.*, p. 900 ss.

80. En droit international privé, on estime qu'il n'y a pas de « conflits de juridictions » car « les règles étatiques de compétence internationale se bornent à délimiter la compétence des organes de l'Etat considéré. Le droit international prohibe, en effet, toute immixtion dans la détermination de la compétence internationale des autres Etats », ainsi F. Rigaux et M. Fallon, *Droit international privé*, Bruxelles, 3^e éd., 2005, p. 368. Cela est vrai dans la mesure où les règles générales de compétence internationale du juge d'un Etat donné sont des actes unilatéraux de l'Etat au sens du droit international « public ». Pour la même raison la compétence internationale d'une autorité ou d'un tribunal étatique peut être aménagée par traité international.

81. Voir notamment la déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies du 24 octobre 1970, A/RES/2625 (XXV) ; ainsi que G. Arangio-Ruiz, « Le domaine réservé : l'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne : cours général de droit international public », *Recueil des cours*, tome 225 (1990), p. 9-484.

en vertu de leurs règles nationales de conflit de lois – où le « conflit » est seulement virtuel, appliquent le droit privé étranger, sous réserve des lois de police et de l'ordre public national. Ce qui n'est pas le cas pour le droit fiscal, le droit administratif ou le droit pénal étranger car les juges des Etats ne disposent pas des règles de conflit des lois pénales, de droit administratif ou de droit fiscal⁸².

d) *La compétence extraterritoriale de l'Etat*

76. Ceci étant, il existe traditionnellement, en droit international, des exceptions à l'exercice de la compétence territoriale de l'Etat. Il suffit de penser aux services publics de l'Etat sur le territoire d'un autre Etat (privilèges et immunités des agents diplomatiques et consulaires, inviolabilité des locaux des missions diplomatiques et des postes consulaires, immunités des navires de guerre étrangers dans les ports ou les eaux territoriales d'un autre Etat, absence de juridiction sur les bases militaires étrangères et juridiction prioritaire de l'Etat d'envoi) et aux organisations internationales implantées sur le territoire.

Par ailleurs, un Etat peut revendiquer une certaine compétence extraterritoriale en fonction des titres de rattachement spécifiques : i) le principe de la personnalité active ; ii) le principe de la personnalité passive ; iii) le principe de protection ; iv) le principe d'universalité.

Ces principes qui bénéficient de divers niveaux de soutien dans la pratique et l'opinion des Etats, nécessitent tous un lien entre l'acte commis et l'Etat établissant la compétence, alors que la compétence universelle, autre base établissant la compétence extraterritoriale, n'exige pas ce lien.

i) *L'absence de compétence d'exécution alors qu'il y a compétence d'édiction (principe de personnalité active)*

77. Chaque Etat peut adopter des législations s'appliquant à ses ressortissants (compétence personnelle ou principe de la personnalité active) où qu'ils se trouvent et donc même dans le territoire d'un autre Etat. Il s'agit de la compétence personnelle qui s'exerce sur les personnes physiques et morales ayant sa nationalité et même se trouvant en dehors de son territoire, ainsi que sur les navires battant son pavillon

82. Voir par exemple, P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, 11^e éd., Paris, LGDJ, 2014, p. 84 ss.

et sur les engins ou véhicules (par exemple les aéronefs et les engins spatiaux) immatriculés dans ses registres. Dans ce cas d'espèce, l'Etat utilise sa compétence législative et éventuellement sa compétence judiciaire car ses juges peuvent connaître de l'infraction (ou, en matière de responsabilité civile, la faute) commise à l'étranger par leur ressortissant. Ici, l'Etat national a bien le droit de prendre une mesure déterminée, mais, en revanche, il ne possède pas la capacité requise pour en assurer l'exécution tant que son ressortissant reste à l'étranger. En effet, si en droit international privé, on admet que les règles du statut personnel suivent les ressortissants situés à l'étranger, ce n'est qu'en vertu d'une règle de droit international privé de l'Etat étranger de situation qu'elles sont concrètement appliquées, donc grâce à un acte du souverain étranger⁸³.

78. Un Etat peut encore décider que tous ses citoyens, même ceux qui résident à l'étranger, devront payer ses impôts ou répondre de certaines violations des obligations fondées sur la loi nationale. Toutefois, dans une telle hypothèse, il n'a aucun moyen de procéder unilatéralement à l'exécution de cette mesure à l'encontre de ses ressortissants qui résident à l'étranger. Il n'a pas compétence d'exécution car celle-ci se heurterait à la souveraineté territoriale d'un pays tiers : l'Etat d'accueil de son ressortissant.

79. Selon les Principes directeurs des Nations Unies – et cette observation est exacte – même si les Etats ne sont pas tenus en vertu du droit international relatif aux droits de l'homme de réglementer les activités extraterritoriales des entreprises domiciliées sur leur territoire, cela ne leur est pas non plus interdit en règle générale pourvu qu'il existe une base juridictionnelle reconnue. C'est pourquoi – et l'on reviendra sur cette question par la suite – ces Principes se font porteur d'une extraterritorialité modérée des règles de l'Etat d'origine en dépit de la souveraineté territoriale de l'Etat hôte.

80. La pratique des Etats a bien montré qu'en cas de nationalisation un Etat peut décider, en vertu de sa compétence d'édition d'une règle de droit, que les biens de ses citoyens situés à l'étranger seront également nationalisés. Toutefois, là encore, il n'a aucun moyen de s'assurer de l'exécution de cette décision, car, pour ce faire, l'Etat d'origine devra obtenir le concours du pays d'accueil où sont situés ces biens, une telle

83. Comme c'est le cas par exemple, en Italie, grâce à l'article 20 de la loi n° 218 de 1995, ou encore par l'article 34, paragraphe 1 du Code de droit international privé belge selon lequel « l'état et la capacité d'une personne sont régis par le droit de l'Etat dont celle-ci a la nationalité ».

mesure mettant à l'évidence en cause la souveraineté territoriale d'un Etat tiers⁸⁴. Ainsi, dans la pratique, c'est au moyen d'un traité qu'un Etat accepte que des nationalisations effectuées par un Etat étranger produisent un effet direct sur son territoire.

ii) *L'absence de compétence d'exécution s'il n'y a pas aussi compétence d'édiction : la personnalité passive (ou la nationalité de la victime)*

81. Dans ce cadre, il s'agit de fonder la compétence du juge interne à l'égard d'une infraction commise par un étranger contre un ressortissant de l'Etat du for. En 1993, l'Institut de droit international (IDI) dans son projet de résolution avait indiqué qu'il s'agit de

«la compétence à l'égard de personnes sur le territoire d'un autre Etat, basée sur le seul fait qu'ils [sic] ont porté préjudice aux droits ou intérêts légaux d'un ressortissant de l'Etat se réclamant de ce chef de compétence»⁸⁵.

Le principe de personnalité passive concerne, donc, en droit pénal, la situation dans laquelle la victime ou la personne lésée est un ressortissant d'un Etat, mais où le crime ou le délit a été commis à l'étranger. La portée de ce critère de rattachement est particulièrement controversée, même si la Cour permanente de Justice internationale (CPJI), dans l'affaire du *Lotus*, ne l'avait pas exclu.

Ainsi, un Etat ne saurait édicter une règle sanctionnant le comportement des nationaux d'un autre Etat à l'égard de ses propres citoyens résidant dans cet Etat.

82. Dans l'ordre international, parmi d'autres instruments, la Convention contre la torture de 1984 (article 5, 1, c)) et la Convention pour la répression du financement du terrorisme de 1999 (article 7, 2, a)) mentionnent la personnalité passive, mais uniquement à titre de compétence facultative et à l'égard des seuls ressortissants. Ainsi,

84. Bien plus, une nationalisation par expropriation d'actions doit aussi être conforme au droit international, s'agissant de la protection du droit de propriété dans les systèmes juridiques, comme celui de la CEDU, où ce droit est reconnu comme «droit de l'homme». Donc, dans ce cadre, les droits de l'homme ont même un effet de «re-territorialisation», protégeant tout abus de pouvoir de nationalisation de l'Etat et ceci en faveur des victimes, soient-elles des personnes physiques ou des sociétés commerciales en tant que personnes morales.

85. Institut de droit international, «Projet de résolution sur la compétence extraterritoriale de l'Etat: Délibérations de l'Institut en séances plénières», *Annuaire IDI*, 1993, session de Milan, volume 65, tome II, p. 138.

l'intégration de ce principe dans les législations pénales des Etats membres de l'UE, par exemple, reste très parcimonieuse.

83. D'ailleurs, la compétence personnelle passive en matière pénale est traditionnellement fondée sur l'idée – formalisée, il y a plus de deux siècles, par Vattel – que l'atteinte au ressortissant d'un Etat équivaut à une atteinte à l'Etat lui-même. C'est une raison de plus pour comprendre les critiques que ce titre de compétence a toujours subi et les potentiels conflits de juridictions qu'elle soulève⁸⁶.

iii) *La compétence de protection de l'Etat*

84. L'Etat peut incriminer des faits spécifiques portant préjudice à ses intérêts essentiels indépendamment du lieu de commission et de la nationalité de l'auteur. On arrive ici, donc, à l'édition d'une loi régissant des étrangers à l'étranger. Dans ce cas, il s'agit d'une «[a]ptitude de l'Etat à soumettre à son ordre juridique et, en particulier, à incriminer et juger des faits commis à l'étranger au préjudice de certains intérêts supérieurs de cet Etat, quelle que soit la nationalité de leur auteur»⁸⁷. Ainsi, l'article 4 de la résolution de 1939 de l'Institut de droit international limite cette compétence de façon assez précise :

«Tout Etat a le droit de punir des actes commis en dehors de son territoire, même par des étrangers, lorsque ces actes constituent :

- a) un attentat contre sa sécurité ;
- b) une falsification de sa monnaie, ses timbres, sceaux ou marques officiels.»

Il s'agit donc de cas très particuliers qui n'intéressent pas l'objet de notre cours. On peut rajouter à cette catégorie le «principe de représentation». Il s'agit d'un titre de compétence par lequel «les tribunaux d'un Etat ont compétence pour juger une infraction à la demande de l'Etat du lieu

86. Ainsi *Brownlie's Principles of Public International Law*, *op. cit.*, p. 461, observe que :

«One early complaint was that it served no wider goal of criminal justice : it did not correspond to a domestic conceptualization of jurisdiction, would not close an enforcement gap and lacked any social aim of repression. There is also concern that it could expose individuals to a large number of jurisdictions . . . Moreover *aut dedere aut iudicare* provisions in most criminal law treaties authorize the use of passive personality jurisdiction as between States parties.»

87. *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 212. Voir à ce sujet : V. Pella, «La répression des crimes contre la personnalité de l'Etat», *Recueil des cours*, tome 33 (1930), p. 631-837 ; M. Bourquin, «Crimes et délits contre la sûreté des Etats étrangers», *Recueil des cours*, tome 16 (1927), p. 117-246.

où l'infraction a été commise»⁸⁸. Dans la pratique cette compétence n'est réglée que par traité.

iv) *Le principe d'universalité: la compétence universelle du juge interne (renvoi)*

85. La compétence universelle, d'après le *Dictionnaire de droit international public*, c'est une

«aptitude reconnue aux tribunaux de tout Etat de juger des faits commis à l'étranger, quels que soient le lieu de l'infraction et la nationalité de l'auteur ou de la victime (*ubi te invenero, ibi te judicabo*: où je t'aurai trouvé, je te jugerai). L'objectif de cette compétence est d'assurer une répression sans faille pour certaines infractions particulièrement graves»⁸⁹.

Donc, ceci veut dire qu'un Etat a le droit de punir des actes commis à l'étranger par un étranger découvert sur son territoire lorsque ces actes constituent une infraction contre des intérêts généraux de la Communauté internationale «dans les matières telles que le génocide, les crimes contre l'humanité, les violations graves des Conventions de Genève de 1949 sur la protection des victimes de guerre, ou d'autres violations sérieuses du droit international humanitaire commises durant un conflit armé international ou non international»⁹⁰. Bien plus, le Statut de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998, rappelle «le devoir de chaque Etat de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux»⁹¹.

Dans ce cas, il appartient à chaque Etat de prendre les mesures nécessaires pour établir sa compétence universelle, encore une fois, en exerçant sa compétence d'édition qui portera non pas sur les crimes

88. *Ibidem*. Au sujet de cette dernière compétence, L. Reydamts précise qu'

«according to the European Committee on Crime Problems the term refers to cases in which a State may exercise extraterritorial jurisdiction where it is deemed to be acting for another State which is more directly involved, provided certain conditions are met. In general, the conditions are requested from another State to take over criminal proceedings, or either the refusal of an extradition request from another State that it will no request extradition».

L. Reydamts, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, *op. cit.*, p. 22.

89. *Dictionnaire de droit international public*, J. Salmon (dir. publ.), Bruxelles, 2001, p. 212.

90. Institut de droit international, résolution de Cracovie adoptée le 26 août 2005.

91. Préambule du Statut de la CPI, cons. 6.

– qui sont définis par le droit international – mais sur les règles de procédure et d'exercice de sa juridiction pénale étatique.

La compétence universelle a été, récemment, invoquée aussi en matière civile, comme les Etats-Unis l'ont fait à travers leur *Alien Torts Claims Act*. Nous reviendrons sur cette question dans le quatrième chapitre de ce cours. Pour l'instant, il suffit de rappeler qu'il s'agit de la mise en œuvre de la compétence d'édition nationale (ATCA) pour fonder la compétence juridictionnelle du juge interne américain, le droit applicable au fond restant le droit international.

86. En conclusion, il est évident qu'un exercice excessif des compétences à portée extraterritoriale entraîne rapidement des conflits de juridictions, des vrais conflits de souverainetés. Il suffit de rappeler à ce propos les problèmes suscités par la « théorie des effets » sur le marché appliqué, en droit de la concurrence, aux Etats-Unis et par la Cour de justice de l'Union européenne ou encore par ceux en matière d'embargo comme l'*Affaire du gazoduc euro-sibérien* ou celui du *Cuban Liberty and Democracy Solidarity Act*⁹². Dans ce dernier cas, la Communauté européenne (CE), le Canada et le Mexique ont adopté des « contre-législations » afin de protéger leurs ressortissants et limiter autant que possible les effets extraterritoriaux du *Helms-Burton Act*. Ensuite, il a fallu un accord entre l'Union européenne (UE) et les Etats-Unis pour suspendre la mise en œuvre desdites lois en échange de l'engagement de la part de l'UE de suspendre la procédure engagée à l'OMC contre les Etats-Unis. Mais les exemples continuent de nos jours, il suffit de rappeler la question en matière de protection des données sensibles et leur échange pour lutter contre le terrorisme, ou encore des lois de blocage (*blocking statutes*) adoptées par quelques pays comme mesure de rétorsion vis-à-vis des tentatives d'imposition extraterritoriale des quelques autres lois américaines.

C'est donc pour éviter ces « conflits de juridictions » et afin de se prêter main-forte que les Etats concluent des conventions bi- ou multilatérales de coopération et d'entraide judiciaire comme la Convention de La Haye de 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger⁹³.

92. Parmi une littérature abondante voir A. Lowenfeld, « Congress and Cuba : the Helms-Burton Act », *AJIL*, 1996, p. 433.

93. Voir M. Audit, « L'arbitrage international confronté à l'extraterritorialité des lois », *Rev. Arb.*, 2015, p. 1001-1035. Pour des renseignements à propos de la loi française du 16 juillet 1980 ou la loi anglaise de 1980, voir C. Kessedjian, *Droit du commerce international*, Paris, 2013, p. 433 ss; J.-M. Jacquet, « La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international », *Rev. crit. dipr.*, 1985, p. 327 ss.

87. En dépit des tentatives, parfois justifiées, d'étendre la compétence extraterritoriale des Etats, il est évident qu'aujourd'hui le déploiement international des STN est largement favorisé par les Etats d'accueil des investissements. Certaines STN en profitent d'ailleurs pour tenter d'obtenir des avantages exorbitants de la part des Etats d'accueil comme la création de zones franches ou d'enclaves⁹⁴.

Or, dans le territoire de l'Etat hôte les victimes ne sont normalement protégées que par le biais des obligations négatives et positives du même Etat et non pas de l'Etat d'origine, comme l'a justement relevé le professeur Muir Watt, selon laquelle «l'obligation positive cesse donc à la frontière sinon du ressort territorial, du moins de la compétence de l'Etat défendeur; son invocabilité horizontale, génératrice d'une responsabilité par catalyse à la charge des personnes privées relevant de la juridiction de cet Etat, connaît de fait la même limite»⁹⁵.

Pendant, une fois examinées la position et la responsabilité primaire de l'Etat hôte (2), on verra que, toutefois, l'Etat d'origine d'une STN ne peut se désintéresser complètement de l'activité extraterritoriale de «ses» entreprises (3).

2. *La responsabilité primaire de protéger de l'Etat territorial* (Host State Control)

88. De manière générale, on considère aujourd'hui que l'Etat a la responsabilité de respecter, de protéger et de mettre en œuvre les droits de l'homme⁹⁶. Cela n'implique pas seulement des obligations négatives, un devoir d'abstention ou de non-ingérence, mais aussi des obligations

94. Voir M.-A. Moreau et G. Trudeau, *Le droit du travail face à la mondialisation de l'économie : Relations industrielles*, 1998, vol. 53, n° 1, p. 55, spécialement p. 63. Adde, J.-Y. Trochon et F. Vincke (dir. publ.), *L'entreprise face à la mondialisation. Opportunités et risques*, préc., p. 132 ss.

95. H. Muir Watt, «Les enjeux de l'affaire Kiobel : le chaînon manquant dans la mise en œuvre de la responsabilité des entreprises multinationales en droit international public et privé», *Trav. com fr. dip. 2010-2012*, 2013, p. 238.

96. En général voir parmi une littérature abondante : A. Cançado Trindade, *Le droit international pour la personne humaine*, Paris, Pedone, 2011 ainsi que son cours général à l'Académie de La Haye, «International Law for Humankind : Towards a New *Jus Gentium* (I) : General Course on Public International Law», *Recueil des cours*, tome 316 (2005), p. 9-439, ainsi que (2^e partie) tome 317 (2005), p. 9-312 ; A. Cassese, *I diritti umani oggi*, Rome, Bari, Laterza, 2005 ; T. Kamminga et M. Scheinin (dir. publ.), *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford, OUP, 2009 ; S. Zappalà, *La tutela internazionale dei diritti umani*, Bologne, Il Mulino, 2011 ; C. Zanghi, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, 3^e éd., Turin, 2013 ; C. Tomuschat, *Human Rights : Between Realism and Idealism*, 3^e éd., Oxford, OUP, 2014 ainsi que L. Pineschi, *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milan, Giuffrè, 2015.

positives⁹⁷. L'Etat doit notamment faire respecter les droits de l'homme dans « les relations horizontales » entre personnes privées, à travers sa législation. Mais au-delà de ce rôle de protecteur des particuliers, l'Etat peut être mis en cause pour son organisation et son fonctionnement.

En vertu du principe d'unité de l'Etat, l'article 4 des Articles CDI indique que

« le comportement de tout organe de l'Etat est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international, que cet organe exerce l'une des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'Etat, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'Etat ».

C'est ainsi que l'Etat hôte peut violer les droits de l'homme des personnes physiques sur son territoire comme des personnes morales, à travers ses organes relevant du pouvoir exécutif (par exemple Premier ministre, ministre, police, agence fédérale), du pouvoir législatif et judiciaire (tribunaux judiciaires comme administratifs). Après tout, si l'on envisage le droit international des investissements comme une forme de protection internationale du droit de propriété (privée) l'on voit bien tout le contentieux, auprès du CIRDI et au-delà, qui dérive de l'interaction entre les Etats et les sociétés commerciales⁹⁸.

En matière de droits de l'homme, la jurisprudence a depuis longtemps transposé la doctrine classique de la *due diligence* en droit international pour donner naissance à l'obligation générale de l'Etat – et donc à sa responsabilité – de protéger les individus qui relèvent de sa juridiction contre les actes accomplis par des personnes privées en violation des droits attribués par traité⁹⁹.

97. Voir plus particulièrement R. Pisillo Mazzeschi, « Responsabilité de l'Etat pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme », *Recueil des cours*, tome 333 (2008), p. 175-506.

98. Pour une comparaison des régimes voir J. Alvarez, « The Public International Law Regime Governing International Investment », *Recueil des cours*, tome 344 (2011), p. 66.

99. Il ne faut pas en conclure qu'il s'agit des droits dotés automatiquement d'effet « horizontal », comme l'on trouve des Etats où les droits de l'homme n'ont même pas un effet vertical au sens étroit. Cf. à cet égard les analyses de : L. Condorelli, « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite », *Recueil des cours*, tome 189 (1984), p. 149-156 ; G. Cohen-Jonathan, « Responsabilité pour atteinte aux droits de l'homme », *SFDI, La responsabilité dans le système international*, Paris, Pedone, 1991, p. 101-135 et ici p. 112-115 ; O. De Schutter *et al.*, « La diligence raisonnable en matière des droits humains : le rôle des Etats », *Rapport du European Coalition for Corporate Justice*, 2012 ; T. Koivurova, « Due Diligence », dans *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

Dionisio Anzilotti, par exemple, nous a expliqué depuis longtemps que la *due diligence* consiste

«à exercer sur les individus soumis à l'autorité de l'Etat une vigilance correspondant aux fonctions et aux pouvoirs dont l'Etat est investi. Celui-ci n'est pas internationalement obligé d'empêcher d'une façon absolue que certains faits se réalisent; mais il est tenu d'exercer, pour les empêcher, la vigilance qui entre dans ses fonctions ordinaires. Le défaut de vigilance est une inobservation du devoir imposé par le droit international, sans qu'il y ait alors à parler de faute au sens propre du terme»¹⁰⁰.

La «*due diligence*» définit donc un standard de comportement jugé raisonnable de la part d'un Etat «normal», ordinaire. La même idée se retrouve dans le cours de M. Verdross à l'Académie de droit international de La Haye à propos du traitement des étrangers :

«Dans toutes les mesures de répression, l'Etat doit développer, comme dans les mesures de prévention, l'activité d'un Etat normal. C'est donc selon le principe du standard international qu'il faudra apprécier si les mesures de prévention ou de réaction ... sont ou non suffisantes au point de vue du droit des gens ...»¹⁰¹

C'est pourquoi dans le *Dictionnaire de droit international public* on prévient que «[L]a transposition littérale en langue française «*diligence due*» est à éviter. Il est préférable d'utiliser en français l'expression «*obligation de vigilance*».

Cela, en effet, implique que l'Etat doit prendre toutes les dispositions nécessaires pour empêcher les violations des droits humains par des

100. D. Anzilotti, «La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par les étrangers», *Revue générale de droit international public*, 1906, p. 291.

101. A. Verdross, «Les règles internationales concernant le traitement des étrangers», *Recueil des cours*, tome 37 (1931), p. 388. Voir aussi, dans la pratique des tribunaux arbitraux, *inter alia*: *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c. Royaume-Uni)*, sentence (1^{er} mai 1925), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. 11, p. 644, par. 4; *Emilio Agustín Maffezini c. Espagne*, CIRDI n° ARB/97/7, sentence (13 novembre 2000), par. 64; *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile SA c. Chili*, CIRDI n° ARB/01/7, sentence (25 mai 2004), par. 178; *Generation Ukraine, Inc. c. Ukraine*, CIRDI n° ARB/00/9, sentence (16 septembre 2003), par. 20.37, par. 20.38; *Eudoro Armando Olguin c. Paraguay*, CIRDI n° ARB/98/5, sentence (26 juillet 2001), par. 49, par. 70; *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and AS Baltoil c. Estonie*, CIRDI n° ARB/99/2, sentence (25 juin 2001), par. 348; *Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca c. Mexique*, CIRDI n° ARB (AF)/97/2, sentence (1^{er} novembre 1999), par. 107-108 l.

tiers¹⁰². Il doit aussi bien mener des campagnes de prévention, enquêter sur les abus que sanctionner les fautifs.

D'après les Principes directeurs des Nations Unies, on l'a dit, le premier pilier du cadre conceptuel souligne la responsabilité primordiale de l'Etat, qui reste l'acteur fondamental du système de protection des droits humains (a). C'est pourquoi les Etats sont amenés à mettre en œuvre ces principes directeurs à travers des « plans d'actions nationaux » (b).

a) *Les Principes directeurs des Nations Unies et le rôle fondamental de l'Etat hôte*

89. Les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme réaffirment la responsabilité primaire de l'Etat territorial et ils indiquent nombre des mesures afin d'assurer le respect de l'obligation de protection à sa charge. Les principes fondateurs des Principes directeurs des Nations Unies expriment clairement que

102. En revanche l'on ne peut pas en déduire, en droit international de la responsabilité, que *toutes les violations* des droits de l'homme commises dans le territoire d'un Etat lui sont imputables par principe. A ce propos, au-delà des travaux de la CDI, il n'est pas inutile de rappeler Vattel :

«Cependant, comme il est impossible à l'Etat le mieux réglé, au souverain le plus vigilant et le plus absolu, de modérer à sa volonté toutes les actions de ses sujets, de les contenir en toute occasion dans la plus exacte obéissance, il serait injuste d'imputer à la Nation ou au souverain toutes les fautes des citoyens. On ne peut donc dire, en général, que l'on a reçu une injure d'une Nation, parce qu'on l'aura reçue de quelqu'un de ses membres.» (*Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, 1758, livre II, chapitre IV, par. 73.)

La règle de non-attribution couvre tous les actes de toutes les personnes privées qui n'agissent pas pour le compte de l'Etat, y compris les actes de personnes qui ont le statut d'agent de l'Etat mais qui, au moment où elles agissent, le font en leur qualité personnelle (voir par exemple J.-L. Brierly, «Règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours*, tome 58 (1936), p. 172). Il en résulte, comme l'a bien constatée la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, que la souveraineté/jurisdiction territoriale ne saurait être considérée comme emportant d'emblée la responsabilité de l'Etat pour *tous les actes illicites* commis sur son territoire (arrêt du 9 avril 1949, *fond*, *CIJ Recueil*, 1949, p. 18). A son tour, le professeur Roberto Ago, dans son quatrième rapport en 1972 à la CDI sur la responsabilité internationale avait observé que: «Le comportement d'un simple particulier ou d'un groupe de particuliers, agissant en tant que tels, ne peut pas être considéré comme un fait de l'Etat sur le plan du droit international.» Dans les discussions sur le projet d'article 11, en 1975 (annuaire CDI 1975, vol. 1), les membres du groupe de travail soulignent le caractère peu approprié du terme «particulier» et obtiennent du rapporteur spécial et du Comité de rédaction qu'il soit remplacé par le mot «personne», s'agissant d'une connotation couvrant tout à la fois les personnes physiques et les personnes morales.

les Etats ont l'obligation de protéger lorsque des tiers, y compris des entreprises, portent atteinte aux droits de l'homme sur leur territoire ou sous leur juridiction, en adoptant des mesures appropriées pour empêcher ces atteintes, et lorsqu'elles se produisent, les Etats sont tenus d'enquêter à leur sujet, en punir les auteurs, et les réparer par le biais de politiques, de lois, de règles et de procédures judiciaires (Principe directeur de l'ONU n° 1).

Ainsi, chaque Etat devrait énoncer clairement qu'il attend de toutes les entreprises domiciliées sur son territoire ou sous sa juridiction qu'elles respectent les droits de l'homme dans toutes leurs activités (Principe directeur n° 2). Les principes opérationnels des Principes directeurs des Nations Unies donnent quelques explications au sujet des fonctions réglementaires et les politiques générales de l'Etat (i); des liens entre Etat et entreprises (ii) ainsi que de la cohérence des politiques de l'Etat (iii).

i) Les fonctions de régulation de l'Etat

90. Lorsqu'une société commerciale possède pour l'exercice de son activité un établissement dans un Etat autre que celui de sa constitution, l'Etat dans lequel est situé cet établissement peut imposer à la société des obligations tenant, *inter alia*, à : a) la publicité ou l'enregistrement de ses statuts, de ses comptes annuels et des pouvoirs de ses organes ; b) la désignation d'un représentant chargé de la direction de l'établissement et l'application éventuelle à ce représentant des lois locales concernant les pouvoirs et les responsabilités des organes directeurs ; c) l'application des dispositions locales concernant l'association des travailleurs à l'entreprise, mais seulement au niveau de l'établissement ; d) la protection des créanciers par la constitution de garanties financières.

De même, l'Etat dans lequel est situé l'établissement peut également, dans l'intérêt des créanciers et dans les conditions prévues par sa propre loi, procéder à la liquidation de l'établissement et des autres biens de la société qui se trouvent dans cet Etat.

Le Principe opérationnel des Nations Unies n° 3, à ce propos, précise que pour remplir leur obligation de protéger, les Etats sont tenus :

« a) D'appliquer des lois tendant à exiger des entreprises qu'elles respectent les droits de l'homme, ou qui ont cet effet, et,

périodiquement, d'évaluer la validité de ces lois et de combler les éventuelles lacunes¹⁰³ ;

b) De faire en sorte que les autres lois et politiques régissant la création et l'exploitation courante des entreprises, comme le droit des sociétés, n'entravent pas mais favorisent le respect des droits de l'homme par ces entités ;

c) De fournir des orientations effectives aux entreprises sur la manière de respecter les droits de l'homme dans toutes leurs activités ;

d) D'inciter les entreprises à faire connaître la façon dont elles gèrent les incidences de leur activité sur les droits de l'homme, et de les y contraindre, le cas échéant. »

Donc il appartient à l'Etat, normalement l'Etat hôte, c'est-à-dire à l'Etat possédant la compétence territoriale, *in primis*, de vérifier que ses lois soient en conformité avec le droit international des droits de l'homme et d'indiquer clairement aux entreprises ce qu'elles doivent faire pour les respecter.

Les collectivités locales sont de plus en plus impliquées dans la conception et la mise en œuvre des programmes de développement et de protection des droits de l'homme. Les administrations locales, municipales et régionales jouent également un rôle important dans la promotion et la protection des droits de l'homme, parce que le gouvernement central décentralise une grande partie de la prestation de nombreux services sociaux essentiels. La décentralisation des ressources et des décisions vers les gouvernements locaux démocratiquement élus a été un élément central de la politique de développement international et de réforme de la gouvernance au cours des dernières décennies et a été appuyée par les bailleurs de fonds et les institutions internationales, au nom du renforcement de la responsabilisation et la réactivité des prestataires de services publics envers leurs utilisateurs.

En bref, lorsqu'elle est bien conçue, exécutée et contrôlée, la dévolution des pouvoirs administratifs, budgétaires et politiques peut améliorer la responsabilisation en matière de droits de l'homme. Les

103. D'après le commentaire :

« Ces lois peuvent porter sur la non-discrimination et le travail, l'environnement, la propriété, la protection de la vie privée et la lutte contre la corruption. Il importe donc que les Etats examinent si ces lois sont efficacement appliquées à l'heure actuelle, et, dans la négative, pourquoi elles ne le sont pas et quelles mesures pourraient raisonnablement remédier à la situation. »

institutions décentralisées peuvent en principe être contrôlées plus directement par les détenteurs de droits.

ii) *Les liaisons dangereuses entre l'Etat et les entreprises*

91. En vertu des Principes directeurs des Nations Unies, on s'attend, aujourd'hui, à ce que les Etats prennent des mesures plus rigoureuses pour exercer une protection contre les violations des droits de l'homme commises par des entreprises qui leur appartiennent ou sont contrôlées par eux, ou qui reçoivent un soutien et des services conséquents d'organismes publics. Le raisonnement étant que puisque c'est aux Etats qu'il incombe au premier chef de respecter et de faire respecter les droits humains, une violation des droits de l'homme commise par une entreprise contrôlée par l'Etat peut donner lieu à une violation des obligations propres de l'Etat en vertu du droit international. Le principe opérationnel des Nations Unies n° 4, à ce propos, affirme que :

«Les Etats devraient prendre des mesures plus rigoureuses pour exercer une protection contre les violations des droits de l'homme commises par des entreprises qui leur appartiennent ou sont contrôlées par eux, ou qui *reçoivent un soutien et des services conséquents d'organismes publics tels que des organismes de crédit à l'exportation et des organismes officiels d'assurance ou de garantie des investissements*, y compris, le cas échéant, en prescrivant l'exercice d'une diligence raisonnable en matière de droits de l'homme. »¹⁰⁴

Il s'agit donc des différentes combinaisons Etats/entreprises, adressées par les Principes directeurs n°s 5 et 6.

Donc, les liaisons dangereuses entre l'Etat et les entreprises sont au moins au nombre de quatre : a. le financement à l'exportation ; b. la passation des marchés publics ; c. le partenariat public/privé ; et d. les contrats d'Etat.

a. *Les organismes de crédit à l'exportation et leur pouvoir de régulation extraterritorial*

92. Les agences de crédit à l'exportation (ECA) sont des établissements publics ou quasi publics (ou des consortiums d'entreprises

104. Italique ajouté.

publiques et privées) qui offrent aux entreprises nationales des prêts, cautions ou assurances garantis par le gouvernement pour soutenir les exportations et les investissements étrangers¹⁰⁵.

Ils peuvent s'établir en tant qu'organismes de l'Etat ou encore prendre la forme d'une société privée, mais assujettie à la surveillance et à la réglementation du gouvernement. Les organismes de crédit à l'exportation peuvent faciliter le commerce dans les économies émergentes et dans les pays du Sud. Ils le font grâce à leur financement des projets des entreprises et d'assurances pour le secteur privé. En raison de leur lien étroit avec l'Etat, les organismes de crédit à l'exportation sont directement envisagés par les Principes directeurs des Nations Unies. Les Etats ont donc la responsabilité de s'assurer que les activités des organismes de crédit à l'exportation respectent les droits de l'homme ; ces organismes doivent avoir en place un processus de « diligence raisonnable » en matière de droits de l'homme ; les projets qui reçoivent leur soutien devraient respecter les droits de l'homme.

Ainsi, de façon paradoxale, des agences de crédit à l'exportation ont facilité l'activité d'entreprises associées au déplacement forcé, à des exactions de la part des forces de sécurité, à des accidents du travail, à des actes d'intimidation et de censure commandités par l'Etat, et à des violations des droits relatifs à l'environnement, entre autres¹⁰⁶.

En juin 2012, les membres de l'OCDE ont pris des mesures importantes pour reconnaître les obligations internationales de diligence raisonnable dans le cadre du soutien des ECA au financement de projets, sur la base des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme¹⁰⁷.

Les Etats doivent faire beaucoup plus au niveau national pour s'assurer que les ECA ne soutiennent pas des projets qui violent les

105. Voir par exemple F. Galgano et F. Marrella, *Diritto del commercio internazionale*, op. cit., p. 42 ss.

106. Karyn Keenan, *Export Credit Agencies and the International Law of Human Rights*, janvier 2008, disponible à l'adresse www.halifaxinitiative.org/updir/ECAs_and_HR_law.pdf.

107. OCDE, recommandation du Conseil sur des approches communes pour les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public et le devoir de diligence environnementale et sociale (les « approches communes »), document TAD/ ECG(2012)5, 28 juin 2012. Cependant, en 2012, le crédit à l'exportation « réglementé » par l'OCDE (pour un montant de 95 milliards de dollars) ne couvrait que le tiers du total du crédit à l'exportation. Banque d'import-export des Etats-Unis d'Amérique, *Report to the US Congress on Export Credit Competition and the Import-Export Bank of the United States*, 25 juin 2012, disponible à l'adresse www.exim.gov/about/library/reports/competitivenessreports/.

droits de l'homme, et assurer des procédures d'enquête indépendantes et une réparation si nécessaire.

b. *Le «business nexus» par passation des marchés publics*

93. Les marchés publics sont la livraison de biens et de services à l'Etat ou à ses organes. L'Etat a donc l'obligation de s'assurer que le processus de passation des marchés publics et d'attribution des contrats respecte les droits de l'homme et intègre des clauses spécifiques en la matière. Ainsi, par exemple, les fournisseurs peuvent devoir respecter certaines normes en matière de non-discrimination du personnel avant de pouvoir répondre à un appel d'offres, ou encore démontrer le respect des normes sociales et environnementales¹⁰⁸.

Le cadre relatif aux droits de l'homme impose certaines normes, notamment en matière de transparence et de participation. Elles sont applicables dès le stade de la prise de décisions concernant la nature et les modalités de la fourniture de services, le processus d'appel d'offres et la conclusion de contrats en cas de participation du secteur privé, ainsi que pendant l'évaluation continue des incidences réelles et potentielles de la fourniture de services sur la réalisation des droits de l'homme.

c. *Partenariats public-privé et privatisations*

94. Lorsque l'Etat octroie des contrats pour la prestation de services ou les privatise, par exemple, l'eau, les infrastructures, l'éducation ou les soins de santé, l'Etat conserve l'obligation de protéger, même si la prestation de services est fournie par une entreprise du secteur privé. Privatiser l'économie ne signifie pas privatiser les droits de l'homme au sens de transférer d'emblée les obligations internationales de l'Etat à des sujets privés. L'Etat reste internationalement responsable des

108. G. Cantillon, «Marchés publics et développement durable», *JCL Contrats et marchés publics*, fascicule 57, 2011. Ainsi, en France, des considérations environnementales peuvent figurer à différentes étapes de la passation des marchés publics : lors de la détermination des besoins à satisfaire qui doit prendre en compte des objectifs de développement durable (art. 5 du Code des marchés publics), parmi les spécifications techniques (art. 6), au niveau des conditions d'exécution du marché (art. 14), des renseignements fournis par les candidats (art. 45) ou des critères de choix des offres (art. 53). Enfin l'article 50 permet aux candidats de proposer des variantes permettant d'intégrer des éléments liés à l'environnement. Dans l'UE, les directives 2014/24/UE et 2014/25UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, préconisent l'offre économiquement la plus avantageuse (identifiée notamment à partir du meilleur rapport qualité/prix), mais prennent en compte les aspects sociaux et environnementaux.

obligations de respecter, protéger et mettre en œuvre les droits de l'homme.

Cela signifie que les partenariats public-privé et les opérations de privatisation doivent être bien contrôlés afin de s'assurer qu'ils soient conformes à l'obligation des Etats de protéger, y compris de s'assurer que les normes en place pour ces services sont adéquates en mettant en place des mécanismes indépendants de suivi et de responsabilisation appropriés¹⁰⁹. Au minimum, le partenariat doit exiger que l'entreprise qui fournit les services exerce une diligence raisonnable en matière de droits de l'homme.

En pratique, une étude d'impact (*impact evaluation*) sur les droits de l'homme peut s'avérer nécessaire pour s'assurer que les droits de l'homme sont respectés. Elle permet en effet d'étudier et de mesurer l'incidence des politiques, des programmes, des projets et des mesures sur les droits de l'homme. Les Etats devraient intégrer systématiquement des études d'impact sur les droits de l'homme dans le cadre des décisions relatives aux modalités de la fourniture de services et de la surveillance des prestations et adopter des mesures législatives en vue d'obliger les prestataires de services à effectuer de telles évaluations¹¹⁰.

A leur tour, les sociétés commerciales sont tenues d'entreprendre ces études en raison de leur devoir de diligence, afin de se rendre compte des effets réels et potentiels de leurs activités sur les droits fondamentaux. Ainsi, l'Etat et les prestataires de services peuvent-ils unir leurs efforts pour assurer le respect de la législation relative aux droits de l'homme, prévenir les violations de ces droits et optimiser les résultats positifs de leurs efforts.

d. *Les contrats d'Etat*

95. Les Etats ont un intérêt marqué à attirer chez eux de grandes entreprises, synonymes de croissance, d'emploi et de rentrées fiscales. Les contrats entre les Etats et les investisseurs sont, assez souvent, des contrats d'investissements entre un Etat d'accueil et une entreprise étrangère pour le développement de projets, généralement à grande

109. P. Marin, *Public-Private Partnerships for Urban Water Utilities: A Review of Experiences in Developing Countries*, Washington, Banque mondiale, 2009, p. 34; OCDE, *Private Sector Participation in Water Infrastructure*, Paris, 2009, p. 17.

110. Voir par exemple Gauthier de Beco, «Human rights impact assessments», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 27, n° 2 (2009), p. 139-166; *International Business Leaders Forum et Société financière internationale, Guide to Human Rights Impact Assessment and Management, Road-Testing Draft* (Washington, 2007).

échelle, comme dans les domaines des industries extractives, des barrages ou de l'agriculture¹¹¹. Cependant, la position dominante des STN dans les négociations pousse les Etats à revoir à la baisse les standards existant, notamment sur les conditions de travail ou de protection de l'environnement. Par conséquent, le contenu de ces contrats peut avoir des incidences importantes en matière de droits de l'homme, par exemple, le contrat peut stipuler les normes d'exploitation du projet, inclure certaines dispositions qui permettent à l'Etat de surveiller le projet ou encore des engagements contractuels qui stipulent que le projet respectera les normes internationales en matière de droits de l'homme.

Les Principes directeurs des Nations Unies demandent aux Etats de conclure des « contrats responsables ». Il s'agit d'intégrer la gestion des risques en matière de droits de l'homme aux négociations du contrat entre Etat et investisseur. Dix principes cherchent à faciliter l'intégration des droits de l'homme aux négociations du contrat d'investissement de projet entre l'Etat d'accueil et les investisseurs étrangers et comprennent une variété de sujets, notamment les normes d'exploitation, les clauses de stabilisation, la conformité et la surveillance, la transparence et les mécanismes de griefs pour les tiers.

Par conséquent le Principe opérationnel n° 6 prévoit qu'en cas de contrat mixte, entre l'Etat et une STN, par appel d'offres, il est recommandé aux Etats de mieux faire connaître et respecter les droits de l'homme par ces entreprises, y compris par les termes des contrats, en tenant dûment compte des obligations. C'est la question que l'on a désigné comme « contractualisation des droits de l'homme » que nous traiterons dans le chapitre III de ce cours.

iii) *Le besoin de cohérence des politiques de l'Etat*

96. Les Principes directeurs des Nations Unies (n°s 8, 9 et 10) expriment clairement que les Etats doivent s'assurer de la cohérence des politiques. Ce besoin de cohérence s'exprime soit au niveau des

111. Parmi une littérature très vaste cf. P. Weil, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », *Recueil des cours*, tome 128 (1969), p. 95-240 ; J.-F. Lalive, « Contrats entre Etats ou entreprises publiques et personnes privées », *Recueil des cours*, tome 181 (1983), p. 296 ; Ch. Leben, « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *Recueil des cours*, tome 302 (2003), p. 197-386 ; M. Audit, S. Bollée et P. Callé, *Droit du commerce et des investissements étrangers*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2016, p. 208 ss.

politiques internes (a.), soit et surtout au niveau des politiques externes (b.).

a. *La cohérence des politiques internes*

97. Dans le cadre de la loi et de la politique nationale, les Principes directeurs des Nations Unies soulignent que l'Etat doit assurer une cohérence des lois et des politiques avec les droits de l'homme. Les Principes directeurs constatent que :

«L'incapacité à faire appliquer les lois existantes qui régissent directement ou indirectement le respect des droits de l'homme par les entreprises constitue souvent une importante lacune juridique dans la pratique des Etats. Ces lois peuvent porter sur la non-discrimination et le travail, l'environnement, la propriété, la protection de la vie privée et la lutte contre la corruption. Il importe donc que les Etats examinent si ces lois sont efficacement appliquées à l'heure actuelle, et, dans la négative, pourquoi elles ne le sont pas et quelles mesures pourraient raisonnablement remédier à la situation.»¹¹²

Ainsi, les Etats doivent s'assurer que des lois et des règlements pertinents portant, *inter alia*, sur l'environnement, les entreprises, la lutte contre la corruption, la non-discrimination et ainsi de suite soient efficacement appliqués afin de mettre en œuvre les droits de l'homme et assurer leur respect par les entreprises.

La responsabilisation de l'Etat en matière de droits de l'homme doit être intégrée dans toutes les étapes du cycle de la politique intérieure, de la planification initiale au suivi et à l'évaluation, en passant par la budgétisation et la mise en œuvre, générant ainsi un «cercle de responsabilisation» vertueux.

Il faut donc aussi que ces lois et règlements soient régulièrement réexaminés et que les individus et les collectivités aient accès à des voies de recours en cas de violation de ceux-ci.

Par exemple, les règles de droit des sociétés devraient permettre ou exiger de la part des dirigeants d'une entreprise de considérer les

112. Rapport du représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie – Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence «protéger, respecter et réparer» des Nations Unies, 21 mars 2011 (A/HRC/17/31, p. 9). C'est nous qui soulignons.

incidences de leurs activités sur les droits de l'homme plutôt que de les ignorer.

De même, chaque Etat doit veiller à ce que le droit des sociétés et des valeurs mobilières encouragent le respect des droits de l'homme de la part des entreprises. Les enjeux ici peuvent être multiples : de la constitution en société à l'admission en bourse ; dès la gouvernance de l'entreprise à la création des fonctions spécifiques et de haut niveau pour évaluer et monitorer l'impact de l'entreprise sur les droits de l'homme sur le territoire où elle opère.

Les Principes directeurs des Nations Unies soulignent également que l'obligation des Etats de protéger exige que ceux-ci énoncent clairement qu'ils attendent de toutes les entreprises domiciliées sur leur territoire ou sous leur juridiction qu'elles respectent les droits de l'homme dans toutes leurs activités, et qu'elles fassent connaître la façon dont elles gèrent leurs incidences sur les droits de l'homme.

b. La cohérence de la politique juridique extérieure de l'Etat

98. Les droits de l'homme sont l'affaire de tous les ministères – de ceux responsables de domaines tels que la santé, l'éducation, le logement ou l'emploi, mais aussi de ceux des finances, du commerce et des affaires étrangères –, des banques centrales, des organismes compétents pour les infrastructures et d'autres acteurs déterminants de la politique économique et sociale.

La complexité de la hiérarchie des responsabilités au niveau du gouvernement central peut souvent être exacerbée par le manque de cohérence interministérielle et de coordination au niveau exécutif y compris lorsque deux ministères différents négocient des traités contradictoires, du moins avec les traités déjà en vigueur en matière des droits de l'homme. La reconnaissance insuffisante des interconnexions entre les domaines politiques, la méconnaissance des normes relatives aux droits de l'homme au sein des ministères chargés des politiques sociale, économique et fiscale et la concurrence pure et simple entre les ministères posent des défis particuliers à la cohérence des politiques nationales ainsi qu'à la responsabilisation de l'Etat.

99. C'est le cas au niveau international également, où ceux qui négocient les accords sur les investissements, les échanges commerciaux, l'environnement, etc. ne tiennent pas compte de leurs propres engagements conventionnels en matière de droits de l'homme et ceux

de leur partenaire. Les faibles capacités de l'Etat aggravent souvent ce problème.

Une part croissante des échanges et des investissements a lieu dans le cadre d'accords commerciaux préférentiels (unions douanières et accords commerciaux régionaux et bilatéraux) et de traités d'investissement bilatéraux.

La libéralisation du commerce et l'investissement étranger accru peuvent grandement contribuer au développement, mais des violations des droits de l'homme peuvent également se produire.

Même s'il s'agit d'un problème que M. Ruggie n'arrive pas à résoudre, le problème général de la cohérence des politiques de chaque Etat une fois mis en évidence, le Principe opérationnel n° 9 introduit le problème de la cohérence des traités bilatéraux en matière d'investissement (BIT), investissements directs étrangers, par ces mots :

« Les Etats devraient maintenir une marge d'action nationale suffisante pour satisfaire à leurs obligations en matière de droits de l'homme lorsqu'ils poursuivent des objectifs politiques à caractère commercial avec d'autres Etats ou des entreprises, par exemple par le biais de traités ou de contrats d'investissement. »

En effet, pendant des décennies, la fragmentation du droit international et le développement parallèle du régime de protection des investissements et des droits de l'homme a donné lieu à un véritable manque de coordination dont chaque Etat est responsable, parfois même au détriment des investisseurs privés.

100. Jadis méfiants à l'égard des investissements étrangers, les Etats sont aujourd'hui soucieux de les attirer pour bénéficier des capitaux, de la technologie, de l'emploi et plus généralement de l'activité économique que ces investissements génèrent. Dans le même temps, ils veillent à ce que l'expansion des STN n'ait pas pour effet d'anéantir la structure concurrentielle du marché local. Ainsi le contrôle des investissements étrangers s'effectue par la loi nationale et par un traité international, à savoir un traité (normalement bilatéral) de promotion et protection des investissements étrangers et donc du droit de propriété (qui est aussi, quoi que l'on pense, un droit de l'homme!) des investisseurs étrangers¹¹³.

113. Ch.-A. Michalet, « L'évolution de la législation sur les investissements directs étrangers et la dynamique de la mondialisation », dans *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle*, préc., p. 433, spécialement p. 435. R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2^e éd., Oxford,

Or, le manque de cohérence des Etats dans la conclusion des traités peut être très coûteux pour l'Etat et donc pour ses contribuables. Des erreurs – ou la corruption des négociateurs de l'Etat – dans la conclusion d'un traité bilatéral en matière d'investissement (BIT), par exemple, peuvent porter à l'arbitrage transnational des différends opposant l'investisseur étranger et l'Etat d'accueil de l'investissement, lorsque les obligations de l'Etat vis-à-vis de l'investisseur se trouvent en contradiction avec les obligations du même Etat concernant un traité de protection des droits de l'homme. Pour l'instant la jurisprudence arbitrale en matière d'investissement se montre sensible à ce type d'arguments, mais on n'a jamais tiré la conséquence que l'Etat se trouve, *sic et simpliciter*, libéré de toute obligation de réparation vis-à-vis de l'investisseur.

101. Ainsi, les objectifs quant au commerce et au développement devraient être harmonisés avec les engagements internationaux en matière de droits de l'homme, en plus d'être harmonisés à l'interne ; afin que les objectifs de commerce ne soient pas en désaccord avec les engagements de l'Etat envers les droits de l'homme internationaux et le développement humain.

Les Principes directeurs des Nations Unies soulignent que les Etats conservent leurs obligations en vertu du droit international lorsqu'ils prennent part à des institutions multilatérales.

Cela veut dire deux choses. Premièrement, les Etats doivent garantir que ces institutions ne restreignent pas les capacités de leurs Etats membres à remplir leur obligation de protéger les droits de l'homme ni n'empêchent les entreprises de respecter ces droits. Deuxièmement, les Etats devraient encourager ces institutions à promouvoir le respect des droits de l'homme par les entreprises et, le cas échéant, aider les Etats à remplir leur obligation d'exercer une protection contre les atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises, notamment par l'assistance technique, le renforcement des capacités et la sensibilisation (Principe directeur n° 10).

iv) *Les « obligations spéciales » de l'Etat dans quelques contextes particuliers*

102. La question de la protection des droits de l'homme n'est pas seulement « *country specific* », en fonction du pays, mais aussi « *issue*

OUP, 2012, *passim* ainsi que *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Ch. Leben (dir. publ.), Paris, Pedone, 2015.

specific», c'est-à-dire, peut varier de complexité et d'intensité en fonction des droits garantis. Sans prétendre à l'exhaustivité, plusieurs exemples paraissent devoir être mentionnés.

a. *Investissements et droits de l'homme : l'exemple du droit à l'eau*

103. L'eau est indispensable pour vivre. Elle doit être disponible pour chaque personne et doit être suffisante et constante pour les usages personnels et domestiques, comme la boisson, le lavage du linge, la préparation des aliments ainsi que l'hygiène personnelle et domestique. L'eau destinée à des usages personnels et domestiques doit être salubre et de qualité acceptable. A son tour, l'eau et les installations d'assainissement doivent être accessibles physiquement et sans danger pour toutes les couches de la population, compte tenu des besoins des groupes particuliers, notamment les personnes handicapées, les femmes, les enfants et les personnes âgées. Enfin, les services d'alimentation en eau doivent être financièrement accessibles pour tous.

En effet, depuis quelques temps on parle d'un droit international de l'eau, fruit de la coopération interétatique et des traités internationaux, le plus souvent bilatéraux ou plurilatéraux¹¹⁴. Mais les traités les plus récents mettent en évidence des préoccupations spécifiques. Ils sont souvent tournés, non seulement vers la détermination de priorités dans les usages, mais aussi vers la préservation de la ressource et retiennent une approche plus globale que les traités anciens¹¹⁵. Ainsi, dans un contexte international marqué par une raréfaction de cette ressource vitale, en lien avec la surexploitation et la pollution, la reconnaissance internationale d'un droit de l'homme à l'eau constitue à la fois une évolution en cours et un enjeu dont la société civile s'est emparée.

Pourtant, à partir des années 1980, le FMI a introduit la privatisation de l'eau comme condition du désendettement et de l'octroi des crédits¹¹⁶.

Or, la fourniture de l'eau peut être assurée par l'Etat et c'est la situation «normale» ou par des acteurs non étatiques comme les STN¹¹⁷.

114. Cf. E. Brown Weiss, «The Evolution of International Water Law», *Recueil des cours*, tome 331 (2007), p. 163-404.

115. SFDI, «L'eau en droit international», Colloque d'Orléans, Paris, Pedone, 2011. Adde P. Martin-Bidou, «La protection des eaux», *Jurisclasseur administratif*, n° 363, 2013.

116. M. Larbi Bouguerra, *Les batailles de l'eau : pour un bien commun de l'humanité*, Enjeux Planète, Paris, 2003.

117. Si l'eau est qualifiée comme une «marchandise» ou un «service», elle peut relever du champ d'application des règles de l'Organisation mondiale du commerce

Dans le premier cas, l'Etat assure lui-même la fourniture des services, souvent par l'intermédiaire de ses municipalités. Il s'ensuit qu'aucun autre acteur que l'Etat n'est alors directement responsable de la prestation des services.

Dans le second cas, comme l'a expliqué Catarina de Albuquerque, l'experte indépendante chargée d'examiner la question des obligations en rapport avec les droits de l'homme qui concernent l'accès à l'eau potable et à l'assainissement :

«La fourniture de services n'est pas assurée par l'Etat mais déléguée officiellement à des acteurs non étatiques. Si les contrats conclus avec de grandes sociétés transnationales sont ceux qui retiennent davantage l'attention, la fourniture de services peut aussi être déléguée à de petites entreprises, à des organisations non gouvernementales (ONG) ou à des associations locales. Les services sont aussi, bien souvent, gérés par des entreprises publiques, c'est-à-dire des entreprises dont le capital est entièrement ou majoritairement détenu par l'Etat, mais qui sont des entités juridiques distinctes. Sous l'angle des droits de l'homme, l'aspect essentiel est que l'Etat a délégué à un tiers les services de distribution d'eau et d'assainissement.»¹¹⁸

(OMC), telles que l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947 (GATT), et l'Accord général sur le commerce de services de 1994 (AGCS). Sur l'analyse de la relation entre l'eau et le commerce des marchandises et des services, Voir M. Cossy, «Le statut de l'eau en droit international économique», dans L. Boisson de Chazournes et M. A. Salman (dir. publ.), *Les ressources en eau et le droit international*, Kluwer Law International, La Haye, 2005, p. 169-208. L'OMC mène des négociations qui intègrent des aspects liés à l'eau lors des négociations menées dans d'autres domaines. Tel est le cas des négociations relatives à la définition des «biens et services environnementaux» qui sont conduites au sein de plusieurs groupes de travail de l'OMC (notamment, le Groupe de négociation sur l'accès aux marchés pour les produits non agricoles, la session extraordinaire du Conseil du commerce des services, la session extraordinaire du Comité sur le commerce et l'environnement (CCE) et la session extraordinaire du Comité de l'agriculture). En effet, à la suite de la déclaration ministérielle adoptée lors de la quatrième conférence ministérielle de Doha de 2001, les Etats parties de l'OMC ont entamé des négociations sur «la réduction ou, selon qu'il sera approprié, l'élimination des obstacles tarifaires et non tarifaires visant les biens et services environnementaux» (déclaration ministérielle, Quatrième Conférence ministérielle, Doha, 20 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, par. 31, iii).

118. Rapport de l'experte indépendante, Catarina de Albuquerque, chargée d'examiner la question des obligations en rapport avec les droits de l'homme qui concernent l'accès à l'eau potable et à l'assainissement, A/HRC/15/31. On ajoute aussi la «gestion informelle», c'est-à-dire que

«les services ne sont bien souvent ni assurés par l'Etat ni officiellement délégués à un tiers. Dans ce cas, il arrive fréquemment, notamment dans les secteurs qui ne sont pas couverts par le système de distribution officiel, que ces services soient fournis de façon informelle par toutes sortes d'acteurs et de structures qui ont

Selon l'OCDE, dans plusieurs pays les acteurs privés locaux sont très présents et certaines sociétés transnationales ont commencé à se retirer des pays en développement ¹¹⁹.

Or, le cadre juridique classique relatif aux droits de l'homme ne règle pas comment la fourniture de services d'eau doit être réalisée. En effet, selon le rapporteur spécial sur le droit à l'eau et à l'assainissement : « Le respect des droits de l'homme n'est associé à aucun modèle économique en général et aucun modèle de fourniture de services en particulier. » ¹²⁰

On peut donc se demander si les droits à l'eau et à l'assainissement, se trouvent seulement dans le cadre de quelques traités spécifiques ou bien s'ils sont des droits humains généralement protégés.

104. Dans les premiers instruments de droit international relatif aux droits de l'homme, notamment la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et les deux Pactes de 1966, l'eau n'est pas mentionnée expressément parmi les droits protégés. Elle est plutôt présumée en tant que composant du droit à la vie.

En 2002, avec l'observation générale n° 15, le Comité relatif aux droits économiques, sociaux et culturels a mis en évidence que le droit à l'eau est compris dans les droits protégés par le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, notamment le droit à la santé et le droit à un niveau de vie suffisant.

En revanche, des références textuelles précises se trouvent dans quelques instruments de protection spécifique ¹²¹. Ainsi, dans la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979, où les Etats parties doivent assurer

évolué avec le temps, et qui peuvent être aussi bien de petites entreprises que des ONG ou des associations locales. En l'occurrence, ce n'est pas l'Etat qui a délibérément fait appel à des tiers, cette gestion informelle correspondant plutôt à une participation de facto d'acteurs non étatiques».

119. OCDE, *Private Sector Participation in Water Infrastructure*, 2009, p. 17.

120. Rapport de l'experte indépendante, Catarina de Albuquerque, A/HRC/15/31, 29 juin 2010, par. 15.

121. Le droit international humanitaire et le droit international de l'environnement contiennent également des dispositions qui protègent expressément l'accès à l'eau potable et à l'assainissement. Les Conventions de Genève (1949) et leurs Protocoles additionnels (1977) mentionnent l'importance fondamentale de l'accès à l'eau potable et à l'assainissement pour la santé et la survie lors de conflits armés internationaux et non internationaux. Le Protocole sur l'eau et la santé à la Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux de la Commission économique pour l'Europe dispose que les Etats parties doivent prendre les mesures appropriées pour assurer l'accès à l'eau potable et à l'assainissement et pour protéger contre la pollution les ressources en eau utilisées pour l'approvisionnement en eau potable. La Convention africaine pour la conservation de la nature et des ressources naturelles (2003) stipule que les Parties contractantes doivent s'efforcer de garantir aux populations un approvisionnement suffisant et continu en eau appropriée.

aux femmes le droit de bénéficier de conditions de vie convenables, notamment en ce qui concerne l'approvisionnement en eau (art. 14, par. 2). A son tour, la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 prévoit que les Etats parties doivent «lutter contre la maladie et la malnutrition, y compris dans le cadre des soins de santé primaires, grâce notamment ... à la fourniture de l'eau potable» (art. 24, par. 2 ainsi qu'art. 27, par. 3). Plus récemment, les personnes handicapées se sont vues reconnaître un droit d'accès à l'eau salubre dans le cadre de leur droit à un niveau de vie adéquat ¹²².

105. A l'échelle régionale, la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant de 1990 (art. 14) et le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, relatif aux droits de la femme en Afrique de 2003 (art. 15.3) renferment des obligations précises en rapport avec les droits de l'homme qui concernent l'accès à l'eau potable et à l'assainissement. Le Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels de 1988 dispose que toute personne a le droit de vivre dans un environnement salubre et de bénéficier des équipements collectifs essentiels (art. 11.1).

De même, la Charte arabe des droits de l'homme de 2004 reconnaît le droit de toute personne de jouir du meilleur état de santé qui puisse être atteint et, pour ce faire, les Etats doivent garantir à chacun l'accès à la nourriture de base et à l'eau potable et fournir des moyens d'assainissement (art. 39).

De plus on prévoit le droit fondamental de chaque individu à une eau salubre dans la Charte des eaux du fleuve Sénégal de 2002 ¹²³, la Charte de l'eau du bassin du Niger de 2008 ¹²⁴ et la Charte de l'eau du bassin du lac Tchad. Autrement, des références implicites se retrouvent dans des instruments consacrant le droit à un environnement sain et à la santé, comme la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 2003 (art. 16 et art. 24) de même que le Protocole de San Salvador (1988) à la Convention interaméricaine des droits de l'homme (art. 11).

106. Enfin, on peut souligner, en passant, que de nombreuses constitutions mentionnent explicitement le droit à l'eau, notamment celles de l'Afrique du Sud, de la Bolivie, de l'Equateur, de l'Ouganda,

122. Convention relative aux droits des personnes handicapées, 13 décembre 2006, article 28.2 (a). Voir aussi la Convention n° 161 sur les services de santé au travail, adoptée en 1985 (art. 5).

123. Charte des eaux du fleuve Sénégal 2002, article 4.

124. Charte de l'eau du bassin du Niger 2008, article 4.

de la République démocratique du Congo et de l'Uruguay. Le droit à l'assainissement est également reconnu dans certaines constitutions et législations nationales dont celles de l'Afrique du Sud, de l'Algérie, de la Bolivie, des Maldives, du Sri Lanka et de l'Uruguay. Il ressort par ailleurs d'autres constitutions que l'Etat a la responsabilité générale d'assurer l'accès à l'eau potable et à l'assainissement¹²⁵, mais on ne peut pas encore en conclure qu'il s'agit d'une norme coutumière de droit international.

107. L'experte indépendante chargée d'examiner la question des obligations en rapport avec les droits de l'homme qui concernent l'accès à l'eau potable et à l'assainissement, a mis en perspective, dans ses rapports, les droits humains avec la réalisation des objectifs du Millénaire pour le développement, notamment la cible 7¹²⁶. Elle a ultérieurement renforcé l'idée que le Comité relatif aux droits économiques, sociaux et culturels avait indiqué dans son observation générale n° 15, adoptée en 2002, que le droit à l'eau est inextricablement lié au droit à un niveau de vie suffisant et au droit à la santé affirmés dans le Pacte de 1966.

Le droit à l'eau est défini comme «un approvisionnement suffisant, physiquement accessible et à un coût abordable, d'une eau salubre et de qualité acceptable pour les usages personnels et domestiques de chacun» (observation générale n° 15, par. 2). Le droit à l'eau doit être évalué en fonction de trois critères: disponibilité, qualité et accessibilité. L'eau disponible doit être suffisante pour les usages personnels et domestiques. La quantité disponible doit correspondre aux directives de l'Organisation mondiale de la santé. En outre, l'eau nécessaire pour les usages personnels et domestiques doit aussi être salubre et accessible, sans discrimination, à toute personne relevant de la juridiction de l'Etat partie au Pacte de 1966.

108. Finalement, en 2010 l'accès à l'eau a été qualifié de droit humain fondamental par l'Assemblée générale de l'ONU car «le droit à l'eau potable et à l'assainissement est un droit de l'homme, essentiel à la pleine jouissance de la vie et à l'exercice de tous les droits de l'homme»¹²⁷.

125. Voir par exemple les constitutions du Cambodge, de la Colombie, de l'Erythrée, de l'Ethiopie, de la Gambie, de l'Iran (République islamique d'), du Mexique, du Nigéria, du Panama, des Philippines, du Portugal et de la Zambie.

126. Voir par exemple le rapport de l'experte indépendante, Catarina de Albuquerque, A/65/254, 6 août 2010.

127. Résolution A/64/292 du 3 août 2010.

En outre, le 24 septembre de la même année, le Conseil des droits de l'homme, en rappelant ladite résolution de l'Assemblée générale, a affirmé «que le droit fondamental à l'eau potable et à l'assainissement découle du droit à un niveau de vie suffisant et qu'il est inextricablement lié au droit au meilleur état de santé physique et mentale susceptible d'être atteint, ainsi qu'au droit à la vie et à la dignité»¹²⁸.

109. Si le droit à l'eau a finalement été consacré au niveau des droits humains, le contentieux en cette matière révèle le manque de cohérence entre les différentes politiques de l'Etat et l'importance de revoir ces politiques à la lumière des Principes directeurs des Nations Unies.

Tout d'abord, la question de la protection de l'accès à l'eau a fait l'objet d'un certain nombre d'affaires devant les organes de règlement des différends relatifs aux droits de l'homme. Ainsi, par exemple, dans une affaire portée devant la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, la Commission a examiné les attaques et la destruction des puits d'eau au Darfour en concluant à la violation de l'article 16 de la Charte africaine relatif au droit à la santé¹²⁹.

Ensuite, la Cour interaméricaine des droits de l'homme s'est penchée sur les conditions de vie des communautés autochtones et a souligné le devoir de l'Etat de garantir l'accès à des services minimaux tels l'accès à l'eau potable et l'assainissement. Le droit à la vie et à l'intégrité de la personne a été interprété comme comprenant le droit à l'eau et l'assainissement¹³⁰.

En Europe, la Cour européenne des droits de l'homme s'est occupée de la pollution du fleuve Tisza causée par l'activité minière de Baia Mare, en Roumanie, et ses effets sur la santé humaine. La Cour a noté que

«les autorités nationales ont manqué à leur devoir d'information de la population de la ville de Baia Mare, et plus particulièrement des requérants. Ces derniers se sont trouvés dans l'impossibilité de connaître les éventuelles mesures de prévention d'un accident

128. Résolution A/HRC/15/L.14.

129. Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, 27 mai 2009, affaire 279/03-296/05, *Sudan Human Rights Organisation & Centre of Housing Rights and Eviction c. Soudan*: www.caselaw.ihrc.org.

130. Affaire *Yakye Axa Indigenous Community c. Paraguay*, 17 juin 2005, Série C n° 125, paragraphe 167; affaire *Sahoyamaya Indigenous Community c. Paraguay*, 29 mars 2009, Série C n° 146, paragraphe 164; affaire *Xákmok Kásek Indigenous Community c. Paraguay*, 24 août 2010, Série C n° 214, paragraphe 195. Voir aussi L. Burgorgue-Larsen, «Les nouvelles tendances dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones y Internacionales de Vitoria Gasteiz*, 2008, Université du Pays basque, Bilbao, 2009, p. 149-180.

similaire ou les mesures d'action dans le cas de la reproduction d'un tel accident».

Ainsi, elle a conclu que

«l'Etat défendeur a failli à son obligation de garantir le droit des requérants au respect de leur vie privée et familiale, au sens de l'article 8 de la Convention»¹³¹.

110. Le contentieux entre entreprises et Etats, en matière d'investissements, devant le CIRDI est aussi révélateur de la cohérence recherchée. Ici, les litiges découlent de la privatisation de la fourniture de services de distribution d'eau et d'assainissement. Or, si les droits de l'homme des individus doivent être protégés par l'Etat, lorsqu'une tierce partie entre en scène, elle doit trouver sa place dans cette relation bilatérale.

Si l'Etat n'est plus directement responsable de la fourniture de services, il doit adopter des mesures spécifiques qui prennent en considération la participation d'acteurs non étatiques pour s'assurer que l'exercice des droits à l'eau et à l'assainissement ne soit pas compromis. En effet, dans son observation générale n° 15 (2002) sur le droit à l'eau, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels fait observer que «les Etats parties doivent veiller à ce que (des tiers) ne compromettent pas l'accès physique, à un coût abordable et sans discrimination, à une eau salubre et de qualité acceptable, en quantité suffisante» (par. 24), observation qui vaut aussi pour l'assainissement¹³². Donc, en cas de participation d'acteurs non étatiques, l'Etat doit préciser clairement les fonctions qui leur sont déléguées, et il doit superviser leurs activités.

Cependant, il existe une contradiction fondamentale entre, d'une part, la rentabilité commerciale et, d'autre part, la fourniture de services dont le coût soit abordable pour les pauvres et en ligne avec les droits de l'homme rattachés au droit à l'eau. Si les politiques de l'Etat, celle en matière d'investissements et celle en matière de protection des droits humains, manquent de cohérence, il devient difficile de garantir le bon fonctionnement et l'entretien des installations couplés avec la rentabilité de l'investissement. Le risque est de bientôt rendre les services inabordables pour la population la plus pauvre.

131. Affaire *Tatar c. Roumanie*, 27 janvier 2009, paragraphes 124-125.

132. Rapport de l'experte indépendante chargée d'examiner la question des obligations en rapport avec les droits de l'homme qui concernent l'accès à l'eau potable et à l'assainissement (A/HRC/12/24), paragraphe 64.

Des caractéristiques communes peuvent être dégagées de tous les différends portant sur l'eau : dès le début de la passation du contrat, le partenaire privé étranger augmente les tarifs de manière significative au point de provoquer le mécontentement de la société civile (du public, des consommateurs, des usagers). L'Etat est donc obligé d'intervenir et tente d'encadrer le service ; s'il échoue, le seul choix qui lui reste est de mettre fin au contrat. Mais ces mesures improvisées peuvent déclencher un arbitrage en matière d'investissements.

Ainsi, quelques affaires portées devant les tribunaux arbitraux dans le cadre de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats de 1965 traitent des questions liées à l'eau et donc du problème plus large du rapport entre droit international des investissements et droits de l'homme¹³³.

Certaines décisions arbitrales concernent les questions relatives à la privatisation des services de l'eau. Tel a été le cas, par exemple, des décisions *Azurix c. Argentine* de 2006 et *Biwater Gauff c. Tanzanie* de 2008.

111. Dans l'affaire *Azurix*¹³⁴ on apprend que dans les années 1990, l'Etat argentin s'était lancé dans un vaste plan de privatisation d'activités de services publics dans lesquelles il était fortement impliqué. Dans le secteur de l'eau et de l'assainissement, ces opérations avaient principalement pris la forme de concession à une échelle régionale ou locale.

Lorsqu'en 1999, la province de Buenos Aires concède à son tour les services d'eau et d'assainissement qu'elle gérait jusqu'alors directement, l'appel d'offres permet à un nouvel acteur privé de s'affirmer : Azurix, filiale dans l'eau du groupe gazier Enron. Mais cette société s'implante en Argentine au vu des articles II (2) (a) relatif au traitement juste et équitable ainsi qu'à la protection pleine et entière et II (2) (b) relatif aux mesures arbitrales du traité bilatéral d'investissement liant l'Argentine aux Etats-Unis.

La demande d'arbitrage est déposée dans le courant de l'année 2001 et le différend portait sur les actions et omissions d'une province argentine qui aurait eu des impacts sur le contrat de concession signé par les parties.

133. T. Treves, F. Seatzu et S. Trevisanut (dir. publ.), *Foreign Investment, International Law and Common Concerns*, Londres, Routledge, 2013, p. 308 ss.

134. *Azurix corp. c. Argentine*, n° ARB/01/12, sentence sur le fond du 14 juillet 2006, affaire n° ARB 01/12.

A l'issue de la procédure arbitrale, les arbitres constatent que l'Etat argentin a agi de mauvaise foi, en violation du principe du traitement juste et équitable. Le comportement de la province argentine suffit pour conclure d'une part à la violation du principe du traitement juste et équitable et de la protection pleine et entière (article II (2) (a) du BIT) et d'autre part à l'article II (2) (b) relatif aux mesures arbitrales.

Ici, l'Argentine avait soulevé la question de la compatibilité entre le BIT et les traités sur les droits humains, qui protègent les droits des consommateurs d'eau, en déclarant que le conflit entre le BIT et les droits humains doit être résolu en faveur des droits humains, l'intérêt général des consommateurs devant l'emporter sur les intérêts privés des fournisseurs de service¹³⁵. Or, le tribunal répondit à cet argument qu'il ne trouvait pas d'incompatibilité dans ce cas spécifique¹³⁶.

De même, dans une célèbre affaire *Aguas Argentina, Suez et al. c. Argentine*, le tribunal arbitral a condamné l'Etat pour traitement injuste et inéquitable en rejetant l'argument de l'état de nécessité, alors que l'Argentine connaissait une crise financière sans précédent. Le tribunal maintient que la fréquence des crises et les urgences auxquelles les Nations font face ne doivent pas leur permettre d'échapper aux engagements qu'elles ont pris en matière de droit international, sauf à mettre en péril le fondement même du droit international ainsi que la stabilité des relations internationales.

En effet, selon le tribunal, l'Etat argentin aurait pu permettre à l'entreprise d'augmenter les tarifs appliqués aux consommateurs aisés tout en utilisant un tarif social ou un système de subventions pour les plus pauvres.

112. Dans l'autre affaire, *Biwater*¹³⁷, un consortium de Biwater en Grande-Bretagne, Gauff en Allemagne et une société locale Superdoll, avait repris la fourniture de l'eau à Dar es Salaam, la capitale tanzanienne, dans un contrat d'un montant de 102 millions de dollars, sur une durée de dix ans, signé avec le gouvernement tanzanien en 2003. Ici, encore, la privatisation de l'eau était une condition de la facilité d'ajustement structurel renforcé du FMI et c'était une condition d'un programme de croissance et de réduction de la pauvreté du FMI.

135. *Azurix c. Argentina Republic*, ICSID Case n° ARB/01/12, Award, 14 juillet 2006, paragraphe 254.

136. *Ibid.* paragraphe 79.

137. Sentence, 24 juillet 2008, affaire n° ARB/05/22, *Biwater Gauff (Tanzania) LTD c. Tanzanie*.

Deux ans après, le gouvernement de la Tanzanie, sous la pression des consommateurs qui se plaignaient de services insuffisants va résilier le contrat.

Le 5 août 2005, la société de droit anglais Biwater Gauff Tanzania Limited (BGT) a saisi le Centre d'une demande d'arbitrage à l'encontre de la Tanzanie sur le fondement du traité bilatéral de protection des investissements (BIT) conclu entre la Tanzanie et le Royaume-Uni en 1994 et de la loi tanzanienne de protection des investissements de 1997.

Sur le fond, BGT soutient que la République a exproprié son investissement, ne lui a pas réservé un traitement juste et équitable, a pris des mesures déraisonnables ou discriminatoires, ne lui a pas accordé une protection pleine et entière et a failli à son obligation de ne pas restreindre le rapatriement de l'investissement.

En revanche, les arbitres estiment que l'annonce par la Tanzanie, les 13 et 17 mai 2005, de la résiliation du contrat de bail, la révocation des exemptions de TVA à l'achat, l'occupation des locaux de City Water, la prise de contrôle de la direction de la société ainsi que l'expulsion du territoire des dirigeants de cette dernière s'analysent toutes comme des mesures témoignant de l'exercice, par l'Etat, de prérogatives de puissance publique dont l'effet conjugué constitue une expropriation illégale de l'investissement de la demanderesse¹³⁸.

Les mesures prises par l'Etat s'analysent également en une violation de l'obligation qui pèse sur l'Etat de réserver un traitement juste et équitable aux investissements étrangers¹³⁹.

Bref, ces décisions soulignent certains contours du concept d'expropriation indirecte¹⁴⁰. La problématique de l'expropriation et de l'indemnisation des investisseurs privés pose donc un problème de l'étendue du pouvoir de régulation d'un Etat, notamment s'il doit répondre à des exigences de meilleur accès à l'eau de la population ou de protection de l'environnement.

113. Dans le cadre de l'ALENA, il y a eu d'autres affaires intéressantes.

Ainsi, dans l'affaire *Methanex Corporation c. Etats-Unis*, le gouvernement des Etats-Unis avait soumis des études montrant la contamination de l'eau de surface et souterraine à cause des activités de ladite société.

138. *Ibid.*, paragraphes 497 à 519.

139. Paragraphe 605.

140. Sur cette notion voir A. de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014, p. 338 ainsi que R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, *op. cit.*, p. 118.

Les auteurs de ces études recommandaient au gouvernement de Californie l'adoption de mesures législatives afin de protéger l'eau contre la pollution et pour sauvegarder la population californienne. Bien que le tribunal arbitral se soit déclaré incompétent, il a constaté que :

«Governor Davis and the California agencies acted with a view to protecting the environmental interests of the citizens of California, and not with the intent to harm foreign methanol producers. Faced with widespread and potentially serious MTBE contamination of its water resources, California ordered a careful assessment of the problem and thereafter responded reasonably to independent findings that large volumes of the State's ground and surface water had become polluted by MTBE and that preventive measures were called for.»¹⁴¹

114. Ensuite, l'affaire *Sun Belt Inc. c. Canada* a opposé une société commerciale américaine au gouvernement canadien. En 1991, l'Etat de la Colombie-Britannique au Canada donna des autorisations à six sociétés canadiennes pour effectuer des transferts d'eau à grande échelle par tankers à destination de la Californie. Sun Belt Water, Inc., une société américaine, va créer en 1990 une coentreprise avec une société canadienne afin de développer des occasions d'affaires dans l'industrie de l'eau en vrac. Avec l'adoption en 1996 d'un moratoire sur les projets de transferts internationaux d'eau, la Colombie-Britannique retira les concessions données. Devant le retrait de la concession, la Sun Belt déposa une plainte au titre du chapitre 11 de l'Accord de libre-échange de l'Amérique du Nord en alléguant la violation du principe du traitement national ainsi que du traitement juste et équitable¹⁴². Aucune décision n'a été rendue¹⁴³.

115. En conclusion, les Principes directeurs des Nations Unies et la pratique des Etats montrent un manque de cohérence entre les mesures économiques et les mesures de protection des droits humains. La leçon à tirer est que si les Etats ne remédient pas rapidement à cette situation ils vont se trouver tôt ou tard assignés devant des tribunaux arbitraux. En effet, les Etats ont mal joué le match : d'abord ils ont invités les STN

141. Voir partie IV, chapitre E, paragraphes 9 et 20 de la décision *Methanex Corporation c. Etats-Unis*, 9 août 2005 : disponible sur www.naftaclaims.com.

142. Affaire *Sun Belt Inc. c. Canada*, *Notice of Claim and Demand for Arbitration*, 12 octobre 1999 : www.naftaclaims.com/disputes_canada/disputes_canada_sunbelt.htm.

143. <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/sunbelt.aspx?lang=fra>.

chez eux, ils les ont rassurés avec les BIT et la possibilité de recourir à l'arbitrage international. En même temps, ils ont essayé, par la privatisation, de déplacer sur les STN leurs obligations internationales en matière de droits de l'homme. Après, dans le contentieux en matière d'investissements, les Etats essayent de plaider la force majeure, la défense des droits humains, ou l'état de nécessité pour justifier les mesures d'expropriation indirecte qu'ils ont dû effectuer, *ex post*, contre les entreprises. Cette pratique, aujourd'hui n'est plus tenable.

Pis, au niveau des ministères des différents Etats on assume qu'un tribunal arbitral CIRDI, en tant que tribunal international, sauvera des Etats peu prévoyants en faisant triompher les mêmes droits humains que les Etats voulaient mettre à la charge de l'entreprise. Il s'agit d'un mirage.

En effet, les tribunaux arbitraux CIRDI ne sont pas des tribunaux des droits de l'homme¹⁴⁴. Ils ont comme seule mission de faire respecter le traité (normalement un traité bilatéral en matière d'investissement) sur la base duquel ils tirent leur compétence. La mission de vérifier si les droits de l'homme découlant d'un traité de protection donné ont été violés appartient à l'organe prévu par ce dernier traité. Par conséquent, un Etat peu prévoyant peut se trouver dans une situation de violation simultanée de plusieurs traités (le BIT et les traités de protection des droits humains) et donc peut être tenu internationalement responsable pour avoir manqué aux obligations découlant des différents traités.

Bref, l'Etat a l'obligation d'élaborer des politiques cohérentes (à court, à moyen et à long terme) concernant la manière de réaliser pleinement les droits à l'eau et à l'assainissement avec les investisseurs étrangers qu'il admet sur son territoire. Quand bien même l'Etat ne fournit pas directement les services, son rôle demeure incontournable et critique.

b. *La protection des droits de l'enfant*

116. Les Etats d'accueil ont la responsabilité première de respecter, protéger et mettre en œuvre les droits de l'enfant dans leur juridiction¹⁴⁵.

144. Voir à ce propos les réflexions claires de F. Horchani, « Les droits de l'homme et le droit des investissements internationaux », dans *Droit économique et droits de l'homme*, sous la direction de L. Boy, J. B. Racine et F. Siirainen, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 139 ss. Voir cependant l'affaire *Urbaser* (ICSID case n° ARB/07/26) et la sentence arbitrale du 8 décembre 2016, www.italaw.com/cases/1144.

145. Cf. S. Mahmoudi *et al.* (dir. publ.), *Child-friendly Justice: a Quarter of a Century of the UN Convention on the Right of the Child*, Brill, 2015. Au sein des

Ils doivent veiller à ce que toutes les entreprises, notamment les sociétés transnationales, qui opèrent à l'intérieur de leurs frontières, soient dûment réglementées par un cadre juridique et institutionnel qui garantisse qu'elles n'ont pas d'incidences néfastes sur les droits de l'enfant et qu'elles ne facilitent pas et n'encouragent pas les violations dans des pays étrangers.

Le 12 mars 2012, l'UNICEF, le Pacte mondial des Nations Unies et l'organisation *Save the Children* ont présenté « Les droits des enfants et les principes régissant les entreprises », premier ensemble complet de principes pour aider les entreprises à s'orienter dans toute la gamme de mesures qu'elles peuvent entreprendre sur le lieu de travail, sur le marché et au sein de la communauté afin de respecter et soutenir les droits des enfants.

Ces principes couvrent une large palette de problématiques essentielles, allant du travail des enfants aux pratiques de publicité et de marketing impliquant des enfants et au rôle des entreprises dans la protection des enfants dans des situations d'urgence. Ces principes invitent les entreprises du monde entier à respecter les droits de l'enfant dans leurs engagements politiques, à faire preuve de diligence appropriée, à prendre des mesures de réparation et à agir pour faire avancer la cause des droits des enfants.

Par contre, en application du protocole facultatif concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, les Etats sont tenus d'adopter des lois pénales également applicables aux personnes morales, y compris aux entreprises. C'est pourquoi, le Comité pour le droit des enfants dans ses observations générales de 2013 a affirmé que les Etats

« devraient envisager d'instaurer la responsabilité pénale (ou une autre forme de responsabilité juridique tout aussi dissuasive) des personnes morales, notamment des entreprises, dans les affaires impliquant des atteintes graves aux droits de l'enfant, notamment dans les cas de travail forcé. Les tribunaux nationaux devraient

Nations Unies, depuis le Sommet mondial pour les enfants, en 1990, l'ONU s'emploie à attirer l'attention de la communauté internationale sur la situation terrible des enfants touchés par les conflits armés. L'Assemblée générale a adopté la résolution A/RES/51/77 (1996) établissant le mandat du représentant spécial du Secrétaire général pour les enfants et les conflits armés pour une période de trois ans. L'Assemblée a depuis prorogé ce mandat cinq fois. Ce sont des aspects qui peuvent toucher aussi à l'activité des « *private military companies* ».

avoir compétence pour connaître de ces affaires, conformément aux règles établies régissant la compétence»¹⁴⁶.

c. *Le droit à un environnement sain*

117. A première vue, on peut s'étonner que ni la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée en 1948, ni les deux Pactes internationaux adoptés en 1966 ne règlent le droit à un environnement sain. En effet, le droit international de l'environnement s'est développé, en grande partie, indépendamment du droit international des droits de l'homme et ici la fragmentation est liée à des questions de chronologie et non pas de substance.

Le mouvement «environnementaliste» moderne a commencé seulement à la fin des années 1960¹⁴⁷. Peu à peu, passant par les différentes générations des droits de l'homme¹⁴⁸ il est devenu clair que les droits de l'homme et la protection de l'environnement dépendent l'un de l'autre. Nul ne peut jouir de droits à la vie et à la santé, par exemple, sans vivre dans un environnement sain et durable. C'est pourquoi, la communauté internationale a reconnu ce lien lors de sa première grande conférence sur l'environnement à Stockholm en 1972. Ici, on a proclamé que l'environnement naturel est «essentiel» à la jouissance de nos droits de l'homme fondamentaux, y compris le droit à la vie lui-même. Mais c'était du droit programmatoire, de la *soft law*, pas du «droit dur».

Au fil de ces dernières années il est devenu tout aussi manifeste que l'inverse est également vrai : l'exercice des droits de l'homme est nécessaire à la jouissance d'un environnement sain. Autrement dit, si les gens qui peuvent être affectés par les politiques environnementales de l'Etat peuvent participer librement à la prise de décision, leur société est bien plus susceptible de bénéficier de protections environnementales fortes. Ainsi, l'exercice des droits de l'homme aide à protéger l'environnement, qui à son tour permet de jouir pleinement des droits de l'homme.

De nombreux Etats ont reconnu récemment cette relation symbiotique en codifiant un droit à un environnement sain dans leur constitution

146. Observation générale 2013, CRC/C/GC/16, 17 avril 2013, p. 11.

147. Ph. Sands et C. Peel, *Principles of International Environmental Law*, 3^e éd., Cambridge, 2012, p. 22; P.-M. Dupuy et J. Vinuales, *International Environment Law*, Cambridge, CUP, 2015, p. 297 ss.

148. K. Vasak, «Le droit international des droits de l'homme», *Recueil des cours*, tome 140 (1974), p. 343-346.

nationale¹⁴⁹ tout comme au niveau international régional en Afrique¹⁵⁰ et sur le continent américain¹⁵¹.

Les Etats ont également des obligations substantielles d'adopter un cadre juridique et institutionnel protégeant contre les dommages environnementaux qui interfèrent avec la jouissance des droits de l'homme, y compris les dommages causés par les acteurs privés¹⁵².

Ainsi, dans le cadre du Conseil de l'Europe et dans un certain nombre d'arrêts, la Cour de Strasbourg a estimé que les Etats avaient manqué à leurs obligations positives de protéger les particuliers contre les effets de certaines actions commises par des entreprises privées, par exemple à la suite de pollution environnementale causée non pas par l'Etat mais par ces entreprises.

118. Il suffit de rappeler, à ce propos, l'affaire *Guerra et al. c. Italie*. Cette affaire a amené la Cour européenne des droits de l'homme à condamner un Etat pour absence d'informations à la population sur les risques encourus et les mesures à prendre en cas d'accident dans une usine chimique du voisinage.

Dans cette affaire, les requérants résidaient tous dans la commune de Manfredonia (Foggia) sise à un kilomètre environ de l'usine chimique de la société anonyme Enichem agricoltura, implantée, elle, sur le territoire de la commune de Monte Sant'Angelo. En 1988, l'usine, qui produisait des fertilisants et du caprolactame, fut classée à haut risque en application des critères retenus par la législation de transposition en droit italien de la directive 82/501/CEE (directive «Seveso»), concernant les risques d'accidents majeurs liés à certaines activités industrielles dangereuses pour l'environnement et le bien-être des populations concernées.

Or, selon les requérants, au cours de son cycle de fabrication l'usine aurait libéré de grandes quantités de gaz inflammable ainsi que des substances hautement toxiques.

149. David R. Boyd, *The Environmental Rights Revolution. A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment*, UBC Press, 2012.

150. Voir par exemple l'article 24 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : «Tous les peuples ont droit à un environnement satisfaisant et global, propice à leur développement».

151. Voir par exemple l'article 11 de l'*Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social And Cultural Rights (Protocol of San Salvador)* : «Everyone shall have the right to live in a healthy environment and to have access to basic public services. 2. The States Parties shall promote the protection, preservation, and improvement of the environment.»

152. M. Ailincăi, «Exploitation des ressources naturelles et droit à un environnement sain», dans M. Ailincăi et S. Lavorel, *Exploitation des ressources naturelles et protection des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2013, p. 83 ss.

Les conclusions de la Cour sont claires :

«La Cour rappelle que des atteintes graves à l'environnement peuvent toucher le bien-être des personnes et les priver de la jouissance de leur domicile de manière à nuire à leur vie privée et familiale (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *López Ostra* précité, p. 54, par. 51). En l'espèce, les requérants sont restés, jusqu'à l'arrêt de la production de fertilisants en 1994, dans l'attente d'informations essentielles qui leur auraient permis d'évaluer les risques pouvant résulter pour eux et leurs proches du fait de continuer à résider sur le territoire de Manfredonia, une commune aussi exposée au danger en cas d'accident dans l'enceinte de l'usine.»¹⁵³

Cette approche de la Cour européenne se retrouve, *inter alia*, dans l'affaire *Öneryıldız c. Turquie*, le 30 novembre 2004¹⁵⁴.

Dans cette affaire, le requérant avait perdu des membres de sa famille, ainsi que son abri de fortune, dans l'explosion d'une déchetterie près de laquelle il s'était établi illégalement. Pour la Cour, au titre de l'article 2 CEDH, se posait la question de savoir si les autorités turques avaient, par les mesures prises antérieurement et postérieurement à l'accident, failli à leur devoir de protection de la vie imposé par la Convention. Autrement dit, il s'agissait de lier le droit à la vie à des questions environnementales. Eh bien, d'une part, la Cour confirme que les obligations positives de prévention pèsent sur l'Etat « dans le contexte de toute activité, publique ou non, susceptible de mettre en jeu le droit à la vie, *a fortiori* pour les activités de caractère industriel, dangereuses par nature ».

D'autre part, la Cour confirme à l'unanimité que l'Etat turc avait failli à son obligation de prévenir les pertes de vies humaines alors qu'il avait pleine connaissance des risques encourus par les habitants du bidonville. Peu importe si des mesures avaient été envisagées ou même entreprises sans succès pour remédier à la situation.

On trouve d'autres exemples dans ce sens, dans l'affaire *Taşkin et autres c. Turquie*¹⁵⁵, où la Cour a constaté qu'une société privée d'exploitation de mine d'or avait pollué l'environnement local dans une mesure telle que le manquement de l'Etat à son devoir de protéger les requérants, résidents dans le voisinage, constituait une violation de ses obligations positives en vertu de l'article 8 de la Convention.

153. Paragraphe 60 de l'arrêt.

154. Cour EDH, grande chambre, *Öneryıldız c. Turquie*, 30 novembre 2004.

155. Affaire *Taşkin et al. c. Turquie* (n° 46117/99), arrêt du 10 décembre 2004.

Dans l'affaire *Fadeyeva c. Fédération de Russie*¹⁵⁶, la Cour a constaté que l'Etat avait violé son obligation positive de prendre des mesures raisonnables et appropriées pour garantir les droits du requérant au titre de l'article 8 de la Convention en raison du voisinage d'une société polluante ayant violé les normes environnementales locales.

119. Sur le continent africain, la Commission régionale africaine des droits de l'homme dans sa fameuse décision *Social and Economic Rights Action Center et Center for Economic and Social Rights c. Nigeria*, d'octobre 2001 en l'affaire du peuple Ogoni, a déclaré que l'échec du gouvernement nigérian à protéger le peuple Ogoni contre la pollution pétrolière massive du delta du Niger avait constitué une violation de leur droit à la santé et à un environnement sain¹⁵⁷.

Dans cette tragique affaire, la Commission africaine a conclu à la violation de trois types de droits de l'homme. L'exploitation de champs pétrolifères par l'opérateur Shell agissant conjointement avec la compagnie pétrolière nationale du Nigeria dans le delta d'Ogoniland, accompagnée de déversements de déchets toxiques dans le milieu naturel a généré des dommages d'une exceptionnelle gravité tant pour l'environnement que pour la santé et la vie des populations locales¹⁵⁸. La Commission, acceptant le jeu de l'article 21 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, a considéré que, en plus de l'atteinte au droit à la santé et au droit à l'environnement, les faits constituaient une atteinte au droit des peuples de disposer librement de leurs ressources naturelles.

Sur ce point, on alléguait que «the destructive and selfish role played by oil development in Ogoniland, closely tied with repressive tactics of the Nigerian government, and the lack of material benefits accruing to the local population, may well be said to constitute a violation of article 21» (par. 51).

La Commission africaine concluait donc :

156. Affaire *Fadeyeva c. Fédération de Russie* (n° 55273/00), arrêt du 9 juin 2005.

157. Communication n° 155/96 – *Social and Economic Rights Action Center, Center for Economic and Social Rights/Nigeria*, paragraphe 56, quinzième rapport annuel d'activités de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, 2001-2002, trente-et-unième session ordinaire de la Commission africaine tenue du 2 au 16 mai 2002 à Pretoria, Afrique du Sud, Annexe voir A. Boyle, «Between process and substance; sustainable development in the jurisprudence of international courts and tribunals», dans Hans Christian Bugge et Christina Voigt (dir. publ.), *Sustainable Development in International and National Law: What Did the Brundtland Report do to Legal Thinking and Legal Development and Where Can We Go from Here?*, Groningen, Europa Law Publishing, 2008, p. 212.

158. *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights c. Nigeria*, ACHPR, communication 155/96 (2002), paragraphe 9.

«the Nigerian government has given the green light to private actors and the oil companies in particular, to devastatingly affect the well-being of the Ogonis. By any measure of standards, its practice fall short of the minimum conduct expected of governments, and therefore is in violation of article 21» (par. 58).

Par conséquent, la Commission a demandé à l'Etat de réparer les dommages, de restaurer le milieu naturel; elle a demandé également que toute politique future de développement pétrolier incorpore une évaluation préalable de l'impact environnemental et social, la consultation et l'information des populations concernées sur les risques environnementaux et de santé (conclusion p. 14).

120. A son tour et de l'autre côté de l'Atlantique, la Cour inter-américaine des droits de l'homme a déclaré, dans l'affaire *Saramaka people c. Suriname*, le 28 novembre 2007, qu'en accordant des concessions minières et forestières sans le consentement libre, préalable et informé des populations tribales qui vivaient sur les terres concernées, le Suriname avait violé leur droit de propriété¹⁵⁹.

Dans l'affaire *Claude Reyes c. Chili*¹⁶⁰, des entreprises privées en accord avec les autorités chiliennes avaient mis en place un vaste projet de déforestation de la partie australe du pays connu sous le nom de «Projet du fleuve Cándor». L'économiste Claude Reyes (ainsi que d'autres pétitionnaires) s'adressa donc au Comité des investissements étrangers (organisme public) afin d'obtenir de plus amples renseignements sur le sujet, inquiet des conséquences commerciales, sociales et environnementales d'une telle entreprise. Bien que certaines informations lui aient été communiquées, nombre de demandes de renseignements précis reçurent toutefois une fin de non-recevoir, sans qu'aucune justification n'ait été fournie à cette rétention d'information.

Les diverses procédures judiciaires nationales engagées par le pétitionnaire ayant toutes échouées, c'est dans ce contexte que le 17 décembre 1998 un groupe composé de plusieurs institutions issues de la société civile – notamment la Fondation Terram dont M. Claude Reyes était dirigeant – décida de saisir la Commission interaméricaine et ensuite la Cour.

159. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_ing.pdf.

160. Cour IDH, 19 septembre 2006, fond et réparations, *Claude Reyes c. Chili*, Série C n° 151.

Ici, la Cour interaméricaine a reconnu, le 11 octobre 2006, l'existence d'un droit général d'accès aux informations détenues par le gouvernement, y compris en matière environnementale. L'arrêt indique aussi clairement que, pour donner plein effet à ce droit, les Etats doivent adopter des mesures, notamment des dispositions juridiques, pour assurer l'exercice effectif du droit à l'information. Ils doivent aussi déterminer un nombre limité d'exceptions à appliquer afin de causer le moins de restrictions possibles à ce droit.

d. *La protection des groupes « vulnérables » : l'exemple des peuples et des communautés autochtones*

121. La question des peuples indigènes a éclaté dans le contentieux interaméricain le 31 août 2001 quand la Cour statuait dans l'affaire de la *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni*¹⁶¹.

Dans cette affaire, malgré la mise en œuvre normative de règles de protection des peuples indigènes (adoptions de lois en 1986 et 1987 ainsi que d'un décret en 1996), ces droits inscrits dans la Constitution du Nicaragua restèrent lettre morte. En l'espèce, le contentieux avec l'Etat se déclenche lorsque celui-ci accorda une concession à une compagnie forestière (la SOLCARSA) dont le rayon d'action se situait sur les terres ancestrales du peuple Mayagna, composé approximativement de cent quarante-deux familles constituant environ six cent trente personnes et vivant dans la « Région autonome de l'Atlantique Nord » du Nicaragua. Le litige impliquait, donc, aussi un problème de délimitation territoriale et fut porté devant la Commission interaméricaine des droits de l'homme par le leader de la Communauté grâce aux efforts conjugués de l'ONG nord-américaine *Indian Law Resource Center* et de différents intervenants universitaires regroupés autour d'un programme d'assistance judiciaire mis en œuvre par l'université d'Arizona et piloté par James Anaya, un spécialiste nord-américain des peuples indigènes. Après avoir rejeté l'exception préliminaire du gouvernement relative au défaut d'épuisement des voies de recours internes¹⁶².

161. Cour IDH, 31 août 2001, fond et réparations, *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, Série C n° 79.

162. Cour IDH, 1^{er} février 2000, exceptions préliminaires, *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, Série C n° 66, la Cour condamnait à l'unanimité le Nicaragua pour violation de l'article 21 (droit de propriété) et 8 et 25 (garanties judiciaires et protection judiciaire). Voir S. J. Anaya et C. Grossman, « The Case of Awas Tingni v. Nicaragua: A New Step in the International Law of Indigenous Peoples », *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 19, n° 1, 2002, p. 1-15.

Cependant, dans cette affaire, les Etats n'ont même pas reconnu les limites des territoires historiques indigènes¹⁶³. N'entendant pas procéder à leur délimitation, ils procèdent au déplacement forcé des peuples indigènes qui, loin de leur habitat traditionnel, dépérissaient et finissaient par mourir. Il est clair que sans une protection adéquate des droits de l'homme, les communautés autochtones deviennent, trop aisément, des cibles de massacres collectifs¹⁶⁴ qui s'inscrivent pour certains dans le cadre d'une politique génocidaire, à l'instar du massacre de membres du peuple Maya au Guatemala pendant les heures les plus sombres du conflit armé interne qui défigura le pays¹⁶⁵.

La Cour a dû ainsi imposer aux Etats la prise en compte du particularisme culturel indien, aussi en matière de droits politiques¹⁶⁶ et de propriété. Sur ce dernier point, en plus d'interpréter l'article 21 de la Convention américaine des droits de l'homme, elle n'a pas hésité à prendre acte des croyances indiennes en relevant «la signification spéciale de la propriété communautaire des terres ancestrales pour les peuples indigènes, y compris afin qu'ils préservent leur identité culturelle et puissent la transmettre aux générations futures»¹⁶⁷.

122. La Convention de l'OIT n° 169, relative aux peuples indigènes et tribaux du 27 juin 1989, appellent ainsi les Etats à adopter des «mesures spéciales en vue de sauvegarder les personnes, les institutions, les biens, le travail, la culture et l'environnement des peuples intéressés»¹⁶⁸.

163. Cour IDH, 17 juin 2005, fond et réparations, *Communauté Yakye Axe c. Paraguay*, Série C n° 125.

164. Cour IDH, 15 juin 2005, fond et réparations, *Communauté Moiwana c. Suriname*, Série C n° 124.

165. Cour IDH, 29 avril 2004, fond, *Massacre Plan de Sánchez c. Guatemala*, Série C n° 105.

166. Cour IDH, 23 juin 2005, fond et réparations, *Yatama c. Nicaragua*, Série C n° 127, voir L. Gonzalez Volio, «Los pueblos indígenas y el ejercicio de los derechos políticos de acuerdo a la Convención Americana: el caso Yatama c. Nicaragua», *Revista IIDH*, 2005, n° 41, p. 317-346; L. Burgogue-Larsen et A. Ubeda De Torres, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 532-564.

167. Cour IDH, 31 août 2001, fond et réparations, *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, Série C n° 79. L'*Arizona Journal of International Law* a consacré un numéro spécial à l'affaire historique Awas Tigni, 2002, vol. 19. Voir également parmi les nombreux commentaires, L. C. Soto, «Los derechos de los pueblos indígenas, el Caso de la Comunidad Mayagna (sumo) awas tingni ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Os rumos do direito internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade*, Porte Alegre, Fabris, 2005, vol. 5, p. 551-575.

168. Convention (n° 169) relative aux peuples indigènes et tribaux, 1989, article 4.

Mais comment définir les peuples et les communautés autochtones ? Dans une étude restée célèbre, intitulée « Etude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones », le rapporteur spécial de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme (groupe de travail sur les populations autochtones) M. José R. Martínez Cobo, nous a donné la réponse :

« Indigenous communities, peoples and nations are those which, having a historical continuity with pre-invasion and pre-colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of the societies now prevailing on those territories, or parts of them. They form at present non-dominant sectors of society and are determined to preserve, develop and transmit to future generations their ancestral territories, and their ethnic identity, as the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal system. »¹⁶⁹

Ensuite, le 29 juin 2006, le Conseil des droits de l'homme a adopté la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, que l'Assemblée générale de l'ONU a entériné le 13 septembre 2007. Cette déclaration établit les droits individuels et collectifs des peuples autochtones, notamment ceux ayant trait à la culture, l'identité, la langue, l'emploi, la santé et l'éducation. Elle insiste sur le droit des peuples autochtones de perpétuer et renforcer leurs institutions, leur culture et leurs traditions et promouvoir leur développement selon leurs aspirations et leurs besoins. Elle interdit également toute forme de discrimination à leur égard et encourage leur participation pleine et effective à toutes les décisions qui les intéressent, notamment s'agissant de leur droit de conserver leur intégrité en tant que peuple distinct et d'assurer librement leur développement économique et social¹⁷⁰.

123. En conclusion : en raison de leur vulnérabilité particulière quant aux droits des peuples et des communautés autochtones tels que définis dans les normes internationales, les Etats ont une obligation positive de veiller à ce que les droits de l'homme de ces communautés

169. Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1986/7 et add. 1-4.

170. Voir *inter multos*, E. Pulitano (dir. publ.), *Indigenous rights in the Era of the UN Declaration*, Cambridge, CUP, 2014 ainsi que H. Tigroudja, « Exploitation des ressources naturelles et droits fonciers des peuples autochtones », dans M. Alincai et S. Lavorel, *Exploitation des ressources naturelles et protection des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2013, p. 71 ss et M. Reisman, « Protecting Indigenous Rights in International Adjudication », *AJIL*, 1996, p. 590 ss.

soient protégés tout au long des opérations des entreprises. Des mesures législatives appropriées s'imposent pour exiger de toutes les entreprises relevant de leur juridiction le respect des droits des peuples et des communautés autochtones.

Ceci est devenu incontournable grâce à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones du 13 septembre 2007, de la Convention de l'OIT concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants du 27 juin 1989, sans parler de la Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

Les Etats doivent donc s'assurer par des mesures législatives appropriées que le consentement libre, préalable et éclairé des peuples et des communautés autochtones est obtenu pour les opérations des entreprises qui ont lieu sur les territoires que ces peuples possédaient traditionnellement ou qui sont même occupés ou utilisés par ces peuples et communautés.

Par référence aux horreurs du *land grabbing*, désormais trois obligations de protection s'imposent aux Etats. La première est que l'Etat doit s'assurer que les entreprises relevant de sa juridiction respectent les droits et les intérêts des peuples et communautés autochtones. La deuxième est de s'assurer que les entreprises établissent des conditions mutuellement convenues avec les peuples et les communautés autochtones avant qu'elles n'accèdent à la terre et aux ressources naturelles sur les territoires qu'ils possédaient traditionnellement ou qui étaient occupés ou utilisés par ces peuples et communautés ou à des savoirs traditionnels associés à ces ressources qui relèvent de ces peuples et communautés. Enfin, et c'est la troisième obligation, il faut que les Etats traitent les questions liées aux droits des peuples et communautés autochtones dans leurs plans d'action nationaux.

e. *L'obligation de l'Etat de garantir la protection des défenseurs des droits de l'homme*

124. La définition des défenseurs des droits de l'homme (*Human Rights Defenders*) se fonde sur l'article premier du dispositif de la Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus du 8 mars 1999¹⁷¹, où, «[s]oulignant que c'est à l'Etat qu'incombe la

171. A/RES/53/144, 8 mars 1999.

responsabilité première et le devoir de promouvoir et protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales», dispose que « [c]hacun a le droit, individuellement ou en association avec d'autres, de promouvoir la protection et la réalisation des droits de l'homme et des libertés fondamentales aux niveaux national et international ».

Les défenseurs des droits de l'homme sont des individus, groupes et organes de la société qui promeuvent et protègent les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus. Ils s'emploient à promouvoir et à protéger les droits civils et politiques et à promouvoir, à protéger et à mettre en œuvre les droits économiques, sociaux et culturels. Ils promeuvent et protègent également les droits des membres de groupes tels que les communautés autochtones.

Bien que la responsabilité première de la promotion et de la protection des droits de l'homme incombe aux différents Etats, les défenseurs des droits de l'homme sont là pour mettre en évidence les violations; ils cherchent à obtenir que les victimes de ces violations puissent faire valoir leurs droits en justice en leur apportant une aide juridique, psychologique, médicale ou autre.

Bref, ils combattent les cultures d'impunité qui servent à masquer les violations systématiques et répétées des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

125. Cependant, le travail des défenseurs des droits de l'homme les amène souvent à critiquer les politiques et les actions des gouvernements et c'est une autre raison pour laquelle ils ont besoin d'une protection spéciale¹⁷². Car l'expression d'une pensée indépendante mettant en discussion les politiques et les actions d'un gouvernement est fondamentale pour améliorer le niveau de protection des droits de l'homme. De même, les défenseurs des droits de l'homme peuvent aider les gouvernements à promouvoir et à protéger les droits de l'homme. En participant aux processus de consultation, ils peuvent contribuer de manière significative à l'élaboration de la législation correspondante et à la définition de stratégies et de programmes nationaux en matière

172. A ce propos, l'article 8 de ladite déclaration dispose que :

« Chacun a le droit, individuellement ou en association avec d'autres, de participer effectivement, sur une base non discriminatoire, au gouvernement de son pays et à la direction des affaires publiques. 2. Ce droit comporte notamment le droit, individuellement ou en association avec d'autres, de soumettre aux organes et institutions de l'Etat, ainsi qu'aux organismes s'occupant des affaires publiques, des critiques et propositions touchant l'amélioration de leur fonctionnement, et de signaler tout aspect de leur travail qui risque d'entraver ou empêcher la promotion, la protection et la réalisation des droits de l'homme et des libertés fondamentales. »

de droits de l'homme. Ainsi, les défenseurs des droits de l'homme sont parvenus à garantir une meilleure protection aux victimes de violations. Néanmoins, le prix de ce succès est élevé : les défenseurs eux-mêmes deviennent de plus en plus souvent la cible d'attaques et leurs droits sont bafoués dans de nombreux pays.

C'est pourquoi les mesures législatives, judiciaires, administratives et les autres mesures appropriées prises par les Etats pour protéger toute personne de toute violence, menace, représaille, discrimination *de facto* ou *de jure*, pression ou autre action arbitraire dans le cadre de l'exercice légitime des droits visés dans la Déclaration des Nations Unies sur les défenseurs des droits de l'homme ¹⁷³ sont toutes pertinentes à cet égard.

b) *L'Etat et son plan national pour la mise en œuvre des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*

126. Le 25 juin 1993, les représentants de cent soixante-et-onze Etats ont adopté par consensus la Déclaration et le programme d'action de Vienne de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme ¹⁷⁴, présentant à la communauté internationale un plan commun de renforcement des activités relatives aux droits de l'homme dans le monde entier. La Déclaration de Vienne a fait aussi des recommandations concrètes tendant à renforcer et à harmoniser la capacité de suivi du système des Nations Unies. Désormais chaque Etat est invité à élaborer et présenter un Plan national d'action pour les droits humains visant à identifier les principales situations de violation ou contrainte à la réalisation des droits humains, à élire des priorités et présenter des propositions concrètes de caractère administratif, législatif et institutionnel pour promouvoir, protéger et augmenter le degré de respect des droits humains ¹⁷⁵. Le Plan est, donc, à la fois, un point d'arrivée et un tournant dans le combat pour la promotion et la protection des droits humains.

127. Dans le même esprit, les Etats doivent effectivement mettre en œuvre les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, en tant qu'instrument de référence

173. Résolution de l'Assemblée générale (A/RES/53/144), du 8 mars 1999, adoptant la Déclaration sur les défenseurs des droits de l'homme.

174. A/CONF.157/23, 12 juillet 1993. Le document final adopté à Vienne a été approuvé par l'Assemblée générale à sa quarante-huitième session A/RES/48/121, 14 février 1994.

175. La liste et les plans sont visibles sur le site <http://www.ohchr.org/EN/Issues/PlansActions/Pages/PlansofActionIndex.aspx>.

retenu à l'échelle mondiale en tenant compte de l'ensemble des normes internationales des droits de l'homme en vigueur et tout en assurant la concordance et la cohérence de leur action politique comme administrative en ce domaine.

Cela va se traduire dans un document national qui va, *inter alia*, communiquer à l'ensemble des entreprises relevant de leur juridiction ou qui y exercent des activités, ce qu'il est attendu d'elles.

Autrement dit, les Etats vont élaborer et adopter des « plans d'action nationaux » spécifiques¹⁷⁶. Ces plans concernent les trois piliers des Principes directeurs des Nations Unies et feront référence aux orientations disponibles depuis 2011, y compris celles fournies par le Groupe de travail des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'homme. Il sera nécessaire de faire appel à l'expertise et à la participation de toutes les parties prenantes, y compris les organisations commerciales et les entreprises, les institutions nationales de droits de l'homme, les syndicats et les organisations non gouvernementales.

Une fois rédigé, chaque Etat devrait suivre en permanence la mise en œuvre de son plan d'action national avec la participation de toutes les parties prenantes, afin de l'évaluer et le mettre à jour régulièrement.

3. « *Ne pas nuire* » : la responsabilité éventuelle et dérivée de l'Etat d'origine (Home State Control)

128. Comment peut-on astreindre de manière contraignante les STN à respecter les standards de droits humains, sociaux et environnementaux à l'étranger par le biais du droit international ? Si les sociétés doivent respecter le droit national du pays où elles exercent leurs activités il s'ensuit que, dans la plupart des cas, il s'agit de pays en développement où subsiste un réel manque de capacité ou de volonté d'amener les STN à assumer leurs responsabilités en matière de droits de l'homme.

C'est pourquoi dans de nombreux pays européens, la « société civile » fait campagne pour inscrire dans le droit national du pays d'origine l'obligation pour les STN de protéger les droits humains et l'environnement dans l'ensemble de leurs relations d'affaires et que leur devoir de diligence s'applique également à leurs activités à l'étranger.

Sur le plan juridique, ceci va se traduire par le concept d'« obligation extraterritoriale » c'est-à-dire que l'on demande à l'Etat d'origine

¹⁷⁶. La liste des Etats se trouve sur le site <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>.

d'exercer sa compétence d'édiction (*prescriptive jurisdiction*) des règles extraterritoriales. Mais s'agit-il d'une obligation juridique au sens du droit de la responsabilité internationale ou, encore une fois, sommes-nous plutôt dans le langage métajuridique de l'« *accountability* » dont les Principes directeurs des Nations Unies sont porteurs ?

Deux concepts clés nous semblent utiles en la matière : a) celle de la responsabilité primaire (originale) de l'Etat lorsque l'acte commis émane du gouvernement ou d'une personne agissant comme son agent¹⁷⁷ ; b) et celle de la responsabilité dérivée (*vicarious*) lorsque les actes émanent de toute autre personne, mais que l'Etat n'a pas pris les mesures nécessaires pour prévenir ou réprimer ce comportement¹⁷⁸.

On arrive donc à comprendre, aujourd'hui, comment l'Etat d'origine (*Home State*) d'une STN puisse parfois – du moins en doctrine – être tenu pour responsable, et il s'agit d'une responsabilité dérivée, par omission, de l'impact des activités d'une société commerciale sur la jouissance des droits de l'homme au-delà de son territoire national, dans le territoire d'un autre Etat : l'Etat d'accueil (*Host State*)¹⁷⁹.

En principe, on le sait, l'Etat d'origine a le pouvoir d'imposer à une société créée sous l'empire de ses lois certaines obligations en matière de droits de l'homme. C'est la compétence d'édiction d'une règle à portée extraterritoriale (*jurisdiction to prescribe*), que comme on a vu auparavant, la Cour internationale de Justice (CIJ) n'a jamais interdite à partir de l'affaire du *Lotus* (*supra* 75).

Au-delà de tout exercice – mal accepté par maints pays, surtout ceux en voie de développement – d'*exporting democracy*, si les Etats hôtes restent, dans la plupart des cas, les principaux détenteurs d'obligations au niveau des droits de l'homme, il est généralement admis que l'Etat d'origine d'une STN a également une obligation générale de « ne pas

177. Il est clair que le droit international de la responsabilité internationale interdit aux Etats qu'ils « aident ou assistent » un autre Etat dans la commission d'un fait internationalement illicite. Cependant, l'Etat qui fournit cette aide ou assistance ne devient pas lui-même responsable d'avoir commis ce fait illicite, mais d'avoir violé l'interdiction d'en être complice.

178. P. Reuter, « La responsabilité internationale. Problèmes choisis », *Le développement de l'ordre juridique international*, Paris, Economica, 1995, p. 393.

179. T. Meron, « Extraterritoriality of Human Rights Treaties », 89 *AJIL*, 78, 1995 ; F. Coomans et M. Kamminga (dir. publ.), *Extraterritorial Human Rights Treaties*, Intersentia, Antwerp, Oxford, 2004 ; P. J. Slot et M. Bulterman (dir. publ.), *Globalisation and jurisdiction*, Leiden, Kluwer, 2004 ; M. J. Dennis, « Application of Human Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflicts and Military Occupation », *AJIL*, 2005, p. 99 ; O. De Schutter, *International Human Rights Law*, 2^e éd., Cambridge, CUP, 2014, p. 163 ss.

nuire» aux droits de l'homme dans d'autres pays et, dans certaines limites, de «protéger» les droits de l'homme à l'échelon extraterritorial ; ce qui peut inclure, par exemple, une forme de législation assurant que les sociétés multinationales ne violent pas les droits de l'homme dans des pays tiers. Une telle législation extraterritoriale pourrait être justifiée car les Etats ont également l'obligation générale de droit international de coopérer à la réalisation des droits de l'homme dans d'autres pays.

129. Ainsi, les Principes directeurs des Nations Unies indiquent que dans certaines circonstances, les Etats ont une obligation complémentaire (et parfois simultanée) de réaliser, ou de contribuer positivement à réaliser, les droits de l'homme dans d'autres pays.

Il s'agit d'utiliser la compétence d'édiction (*jurisdiction to prescribe*) et encore une fois, il s'agit semble-t-il d'obligations positives de moyens à la charge de l'Etat d'origine, pas d'obligations de résultat. Néanmoins, depuis quelque temps, la doctrine juridique commence à s'intéresser à la définition des critères et des cadres pour déterminer une éventuelle responsabilité extraterritoriale spécifique des Etats d'origine, du moins dans des cas particuliers¹⁸⁰.

En effet, les Etats utilisent déjà leur compétence d'édiction extraterritoriale en matière d'embargo, en droit de la concurrence ou encore en matière fiscale, boursière et de lutte contre la corruption¹⁸¹. Pourquoi pas, donc, en matière de protection des droits de l'homme ?

180. Voir notamment les Principes de Maastricht sur les obligations extraterritoriales des Etats dans le domaine des droits économiques, sociaux et culturels, rédigés par un groupe d'experts réuni par l'Université de Maastricht et la Commission internationale des juristes en septembre 2011, disponibles à l'adresse www.maastrichtuniversity.nl/web/show/id=596286/langid=42. Voir également O. de Schutter *et al.*, «Commentary to the Maastricht Principles on the Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights», dans *Human Rights Quarterly*, vol. 34, 2012, p. 1084-1169 ; M. Langford, W. Vandenhole, M. Scheinin et W. van Genugten, *Global Justice State Duties*, Cambridge, CUP, 2013, ainsi que F. Coomans et R. Kunemann (dir. publ.), *Cases and Concepts on Extraterritorial Obligations in the Area of Economic, Social and Cultural Rights*, Maastricht, Intersentia Publishers, 2012, p. 160. Il s'agit, toutefois et pour l'instant, d'un exercice académique dépourvu de tout effet obligatoire. On ne peut même pas parler d'une «codification progressive» car c'est l'Assemblée générale de l'ONU qui, selon l'article 13 de la Charte, «provoque des études et fait des recommandations en vue d'... encourager le développement progressif du droit international et sa codification». Ce qu'elle fait à travers la CDI. Bref, sans le soutien et la pratique des Etats, les Principes de Maastricht ne pourront acquérir la valeur normative souhaitée par leurs auteurs. Au plus, ils pourront offrir des pistes de réflexion aux organes de contrôle des traités de protection des droits de l'homme.

181. D'ailleurs, la préservation par l'Etat d'origine de ses intérêts fiscaux et sociaux (organisation des relations collectives de travail et préservation de l'emploi) l'a incité à prendre en considération l'unité du groupe multinational.

a) *Les Principes directeurs des Nations Unies comme vecteurs d'une extraterritorialité modérée*

130. Les Principes directeurs des Nations Unies rappellent que, même si les Etats ne sont pas obligés en vertu du droit international relatif aux droits de l'homme de réglementer les activités extraterritoriales des entreprises domiciliées sur leur territoire ou sous leur juridiction, cela ne leur est pas non plus interdit en règle générale. Or, ces principes ont été adoptés à l'unanimité par le Conseil des droits de l'homme de l'ONU, le 16 juin 2011, et le moins qu'on puisse dire est qu'ils fournissent une base juridique internationale de *soft law* pour permettre aux Etats d'identifier s'ils ont une compétence extraterritoriale et comment l'exercer.

Or cette bonne extraterritorialité «droit de l'hommiste» peut se manifester sous forme d'actes unilatéraux des Etats (1); du respect d'un traité international où elle est prévue (2); ou encore elle n'est pas contestée par l'Etat hôte, comme par la Communauté internationale, car elle s'exerce dans un Etat failli (*failed State*) ou dans le cadre d'un conflit armé au bénéfice de tous (3).

i) *L'extraterritorialité induite*

131. Les Principes directeurs des Nations Unies préconisent l'usage de la compétence extraterritoriale des Etats par référence à deux types de mesures (Principe directeur n° 2). Il s'agit des mesures internes ayant des incidences extraterritoriales, pratiquement des mesures de nature civile ou administrative (a), ainsi que des mesures d'application extraterritoriales directes de caractère pénal (b).

a. *Les mesures internes ayant des incidences extraterritoriales*

132. Tout d'abord, du point de vue du droit international, il s'agit des mesures unilatérales d'un Etat, c'est-à-dire des règles nationales dont un Etat «prétend régir des conduites, statuer sur des situations ou prendre en considération des faits extérieurs» à son territoire¹⁸². Elles peuvent concerner aussi bien l'activité à l'étranger des sociétés locales (par exemple l'interdiction des ententes à l'exportation) que celle de leurs filiales étrangères.

182. Ainsi par exemple P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public, op. cit.*, n° 334-336.

Dans ce dernier cas, l'Etat utilise la compétence dont il dispose à l'égard de la société-mère nationale pour lui enjoindre de faire respecter la règle par ses filiales étrangères¹⁸³. Quoi que l'on pense, la « technologie juridique » pour obtenir ce résultat est déjà disponible. Il suffit de penser, tout d'abord, à la matière fiscale où les autorités des différents Etats ne se sont pas fait impressionner par la « transnationalité » de l'entreprise gérée par un groupe de sociétés. En effet, l'administration fiscale exerce un contrôle à portée extraterritoriale chaque fois qu'elle s'intéresse aux prix de transfert pratiqués entre les sociétés commerciales d'un même groupe, afin de déterminer la part d'impôt sur le revenu dont doivent s'acquitter leurs établissements situés sur le territoire de l'Etat du contrôle¹⁸⁴. Ou encore, on a demandé aux sociétés commerciales la présentation d'un bilan consolidé et des déclarations des comptes ouverts à l'étranger. L'Etat a adopté une législation nationale sur les « *controlled foreign companies* » ou encore sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (BEPS). Dans ce dernier cas, on fait référence précisément aux stratégies de planification fiscale qui exploitent les failles et les différences dans les règles fiscales des différents Etats en vue de faire « disparaître » des bénéfices à des fins fiscales ou de les transférer dans des pays ou territoires où l'entreprise n'exerce guère d'activité réelle. La réaction de l'Etat se mesure donc par sa législation extraterritoriale en la matière, sauf convention internationale en vigueur.

133. Un autre exemple – mieux connu –, est le droit de la concurrence. Ici, il n'y a pas de doute qu'il existe des règles et un contrôle administratif à portée extraterritoriale. La théorie des effets, inaugurée par les Etats-Unis, est couramment employée, *mutatis mutandis*, par l'Union européenne, la Commission s'estimant compétente pour réagir aux pratiques anticoncurrentielles ayant des effets sur le marché européen. Et cela se vérifie même lorsque les entreprises concernées sont extra-européennes et l'entente a lieu en dehors du territoire de l'Union¹⁸⁵.

134. Un autre exemple important est celui de la régulation des sociétés cotées. Comme ces sociétés ont des comptes à rendre aux

183. L'exemple bien connu est celui du gazoduc sibérien et des mesures d'embargo prises dans l'Etat du siège de la société dominante, comme c'était le cas dans l'affaire *Fruehauf*: J.-M. Jacquet, « La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international », *JDI*, 1985, p. 327; B. Audit, « Extra-territorialité et commerce international. L'affaire du gazoduc sibérien », *Rev. crit. DIP*, 1983, p. 401.

184. Voir, *inter multos*, B. Castagnède, *Précis de fiscalité internationale*, PUF, Paris, 3^e éd., 2010, p. 81 ss.

185. Voir par exemple G. Bernini, *Un secolo di filosofia antitrust. Il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana*, Bologne, Clueb, 1991; G. Tesaurò, *Diritto dell'Unione europea*, VII^e éd., Padoue, Cedam, 2012, p. 619 ss.

marchés financiers, l'Etat – et les grandes bourses financières sont localisées en très peu de pays dans le monde – peut demander que, sur la base de la *lex mercatus*, la loi de la Bourse, les STN publient toute une série d'informations liées à leur performance sociale et environnementale car cela a une incidence sur le risque global de l'entreprise aux yeux des investisseurs. Autrement dit, les normes nationales en matière de marchés financiers peuvent aisément obliger les STN cotées à la bourse nationale à démontrer comment elles ont respecté les droits de l'homme où elles opèrent. Dans cette perspective, la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) peut devenir une lourde contrainte qui se répercute sur les objectifs et les politiques adoptés par le *top management* et mise en œuvre au-delà des frontières nationales.

135. Ainsi, aux Etats-Unis, la loi *Sarbanes-Oxley* (SOX), adoptée en 2002 à la suite des scandales Enron et Worldcom, pour améliorer la transparence et l'exactitude de l'information financière et ainsi éviter les fraudes¹⁸⁶, est destinée à protéger le marché américain des titres. Cette loi est applicable à toutes les sociétés, quel que soit leur siège ainsi qu'à leurs filiales étrangères. Il suffit d'être coté aux Etats-Unis. Ainsi, les filiales italiennes, françaises ou chinoises de sociétés cotées aux Etats-Unis sont de la sorte assujetties à la mise en place des mesures de contrôle interne imposées par cette loi étrangère.

Bref, il s'agit d'une mesure nationale conçue par la société-mère, mais s'attachant à l'ensemble des sociétés du groupe : c'est là l'effet extraterritorial.

Cependant, la probabilité de créer de véritables conflits de compétences est élevée. On peut citer comme exemple la section 301-4 de la loi SOX qui prévoit la mise en place d'un système d'alerte habilité à recevoir des informations des salariés concernant des fraudes ou des malversations financières dont ils auraient eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions. L'application au sein des filiales françaises des systèmes mis en place par des groupes cotés aux Etats-Unis a en effet été remise en cause à plusieurs reprises devant les juridictions françaises, notamment sur le fondement du droit à la liberté d'expression ou à la protection des données personnelles¹⁸⁷.

186. Voir le site www.soxlaw.com. Adde, N. Norberg, « Entreprises multinationales et lois extraterritoriales : l'interaction entre le droit américain et le droit international », *Rev. sc. crim.*, 2005, p. 739.

187. Voir par exemple Cass. soc., 8 déc. 2009, n° 08-17.191, *Fédération des travailleurs de la métallurgie CGT c. Sté Dassault Systèmes*, Comm. com. électr. 2010, comm. 51, note A. Lepage ; D. 2010, pan. p. 676, obs. O. L. Les traitements mis en œuvre par les entreprises en application de la section 301-4 de la loi SOX – ainsi que

136. Encore, aux Etats-Unis, la loi *Dodd-Frank* (2010) comprend plusieurs dispositions qui imposent des déclarations relatives à l'exploitation générale des entreprises. Par exemple, l'article 1502 crée une obligation d'information de la production de minerais extraits en République démocratique du Congo et dans les pays voisins servant à financer des conflits et la prise de mesures pour exercer un devoir de diligence de la chaîne d'approvisionnement de ces minerais. Il existe également des obligations de déclarations par rapport à certains paiements faits par des entreprises dans les industries extractives au gouvernement des Etats-Unis ou d'un autre pays¹⁸⁸.

137. Dans l'Union européenne, la lutte contre le blanchiment a suivi un chemin similaire¹⁸⁹. Reprenant les recommandations du Groupe d'action financière (GAFI), la troisième directive contre le blanchiment oblige ainsi les entreprises ressortissantes de l'Union européenne à faire respecter ses prescriptions par leurs filiales et succursales implantées dans des Etats tiers¹⁹⁰.

par la loi japonaise «*Financial Instrument and exchange Act*» du 6 juin 2006 dite «*Japanese SOX*» – dans les domaines financier, comptable, bancaire et de la lutte contre la corruption, sont aujourd'hui couverts par l'autorisation unique n° AU-004 de la CNIL qui en fixe les conditions de mise en œuvre (CNIL, délib. n° 2005-305, 8 décembre 2005 portant autorisation unique de traitements automatisés des données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre des dispositifs d'alerte professionnelle, telle que modifiée par la délibération n° 2010-369 du 14 octobre 2010).

188. Certains de ces exemples sont tirés du document : Haut-Commissariat aux droits de l'homme (2012), *The Corporate Responsibility to Respect Human Rights : An Interpretive Guide*, <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/Tools.aspx>.

189. Sur l'implication des groupes multinationaux dans la criminalité internationale, Voir J.-Y. Trochon et F. Vincke (dir. publ.), *L'entreprise face à la mondialisation. Opportunités et risques*, préc., p. 52 et p. 186 ss.

190. Parlement européen et Conseil UE, directive 2005/60/CE, 26 octobre 2005, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme : Journal Officiel de l'Union européenne 25 novembre 2005. C. Kessedjian, «Remarques conclusives», dans *L'éthique dans les relations économiques internationales, en hommage à Ph. Fouchard*, Pedone, 2006, p. 229, spécialement p. 260. Ainsi aux termes de l'article L. 561-34 du Code monétaire et financier, tel que créé par l'ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009 pour la transposition de la directive :

«Les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 appliquent des mesures au moins équivalentes à celles prévues au chapitre premier du présent titre en matière de vigilance à l'égard du client et de conservation des informations dans leurs succursales situées à l'étranger. Elles veillent à ce que des mesures équivalentes soient appliquées dans leurs filiales dont le siège est à l'étranger. Lorsque le droit applicable localement ne leur permet pas de mettre en œuvre des mesures équivalentes dans leurs succursales et filiales à l'étranger, les personnes assujetties en informent le service mentionné à l'article L. 561-23 et l'autorité de contrôle mentionnée à l'article L. 561-36 dont ils relèvent. Les organismes financiers communiquent les mesures minimales appropriées en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme à leurs succursales et à leurs filiales situées à l'étranger.» (Sur l'application de la directive à des

Mais l'UE, restant dans les domaines de ses compétences, peut prendre d'autres mesures comme obliger les entreprises à publier des informations essentielles sur leurs chaînes d'approvisionnement et conférer aux consommateurs un droit à l'information. Elle peut aussi augmenter la traçabilité au sein des chaînes d'approvisionnement complexes.

138. Que dire, ensuite, des principes de répartition des compétences dans le contrôle des établissements bancaires à l'étranger ? Ces principes sont apparus dans le cadre de la coopération instaurée par le Comité de Bâle du contrôle bancaire, qui regroupe les principales autorités de régulation nationales de ce secteur¹⁹¹. Ici, la création d'une filiale ou succursale à l'étranger est subordonnée à l'autorisation préalable du pays d'origine et du pays d'accueil. Les établissements doivent ensuite être contrôlés sur une base individuelle par le pays d'accueil et sur une base consolidée par le pays d'origine. L'obtention d'informations pour le contrôle des groupes bancaires par le pays d'origine suppose des échanges d'informations, voire des inspections sur place.

139. L'exercice des compétences étatiques à projection extraterritoriale pour la protection des droits de l'homme se retrouve dans quelques expériences nationales.

Ainsi l'Italie a été un des premiers pays à se doter d'une législation liée à la RSE et anticipatrice des Principes directeurs de l'ONU. Depuis 2001, à travers le décret n° 231/2001, relatif à la responsabilité administrative des personnes morales, la responsabilité d'une entreprise peut être engagée dans le cas où des personnes par l'exercice de leurs fonctions de représentation ou de direction ont commis des infractions qui ont avantagé les intérêts de l'entreprise et qu'elle-même n'a pas rempli son obligation de diligence ou de vigilance, notamment en mettant en place un système adéquat d'organisation et de gestion visant à éviter la commission de ces infractions. Il faut ajouter que désormais le Code civil italien, depuis la réforme du droit des sociétés en 2003, prévoit des normes (art. 2497-2497 *sexies*) suivant lesquelles, une

banques appartenant à des groupes internationaux, voir le document de travail de la Commission du 30 juin 2009, *Compliance with the Anti-Money Laundering Directive by Cross Border Groups at Group Level*, SEC(2009)939 final).

191. Les principaux textes sur la répartition des compétences sont : rapport sur le contrôle des établissements des banques à l'étranger, 26 septembre 1975 ; principes pour le contrôle des établissements des banques à l'étranger, mai 1983 ; échanges d'informations entre autorités de contrôle bancaire, avril 1990 ; normes minimales pour le contrôle des groupes bancaires internationaux et de leurs établissements à l'étranger, juillet 1992 ; surveillance des activités bancaires transfrontières, octobre 1996 ; principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace, octobre 2006 (voir, pour l'ensemble, le site de la BRI : www.bis.org).

société qui exerce une activité de direction et de coordination (la « société-mère ») à l'encontre d'une autre société (par exemple une filiale) est directement responsable, en cas de violation des principes de bonne gestion, envers les associés de la société filiale, pour le préjudice causé par la diminution de la valeur des parts sociales de ces derniers. De même, la société-mère est responsable vis-à-vis des créanciers de la société filiale, pour le préjudice causé par la diminution de la valeur de son patrimoine. Par conséquent, les créanciers et les associés qui ont subi un préjudice peuvent agir envers la filiale en dommages-intérêts. A défaut de paiement, ils pourraient se retourner contre la société-mère¹⁹².

140. En France, parmi d'autres mesures¹⁹³, après la loi NRE de 2001, la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (« Grenelle II »)¹⁹⁴ a renforcé la responsabilité de la société-mère en cas de pollution grave causée par une de ses filiales. Elle prévoit un double dispositif, préventif et punitif à la fois. D'une part, on organise un cadre permettant la prise en charge directe et volontaire par la société-mère des obligations relevant de ses filiales. D'autre part, on prévoit un mécanisme spécial de responsabilité de la société-mère en cas de comportement fautif d'une filiale. La loi pose le principe de la responsabilité de la société-mère, (la société qui détient une participation entre 10 et 50 %) ou celle qui exerce le contrôle sur une société. La société-mère doit donc prendre en charge, en cas de défaillance de la société qui lui est liée, tout ou partie des obligations de prévention et de réparation qui incombent à cette dernière. Une loi relative au « devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre »¹⁹⁵ a été adoptée le 21 février 2017 pour mettre en place un devoir de vigilance des entreprises sur les activités de leurs filiales et de leurs sous-traitants à l'étranger.

192. Voir à ce sujet F. Galgano, *Direzione e coordinamento di società*, Bologne, Zanichelli, 2005, ainsi que M. Franzoni, « Società per azioni, tome III, Dell'amministrazione e del controllo, 2, Del collegio sindacale – Della revisione legale dei conti », dans G. De Nova (dir. publ.), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, Bologne, Zanichelli, 2015.

193. Cf. pour tout approfondissement : M. Kocher, E. Leroux et P. Nicoli, « Groupe d'entreprises », dans K. Martin-Chenut et R. Quenaudon, *La RSE saisie par le droit*, Paris, Pedone, 2016, p. 151 ss ainsi que les autres contributions ; C. Malecki, *Responsabilité sociale des entreprises. Perspectives de la gouvernance d'entreprise durable*, Paris, LGDJ, 2014, p. 62 ss.

194. *Rev. sociétés*, 2010, p. 348.

195. Proposition de loi n° 2578, relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 11 février 2015.

Il s'agit donc de la compétence d'édition extraterritoriale de la France¹⁹⁶.

141. On mentionnera aussi, parmi d'autres exemples¹⁹⁷, la législation danoise. Le 16 décembre 2008, le parlement danois a adopté une loi modifiant la loi danoise sur les états financiers (la responsabilité en matière de RSE des grandes entreprises). Cette loi prévoit que les grandes entreprises doivent rendre compte de leurs actions en faveur de la RSE dans leurs rapports annuels.

Elle couvre environ mille cents grandes entreprises, entreprises publiques, investisseurs institutionnels, fonds mutuels et autres entreprises, qui n'étaient pas par ailleurs couverts par la loi précédente sur la publication des états financiers.

Toutes les entreprises concernées par cette exigence doivent rendre compte de leurs politiques de responsabilité sociale, des normes, lignes directrices ou principes en œuvre, de la manière dont elles traduisent la RSE en actions, avec les méthodes et procédures utilisées, et de la façon dont elles évaluent les résultats de leurs initiatives en matière de RSE pendant l'année financière écoulée, ainsi que leurs prévisions. Si une entreprise a adhéré au *Global Compact* de l'ONU ou aux Principes pour un investissement responsable, son rapport d'avancement est suffisant pour remplir cette obligation légale. L'obligation de rendre compte doit également être remplie si une compagnie n'œuvre pas pour la RSE. Par conséquent, l'information à propos du non-usage de la RSE doit aussi être publiée.

142. Si les exemples de législation extraterritoriale n'abondent pas ou sont encore tâtonnants dans le domaine spécifique des droits de l'homme, les Principes directeurs des Nations Unies, de façon pragmatique, identifient des mesures précises visant les entreprises qui opèrent à l'étranger.

Elles sont les suivantes :

- Faire dépendre l'accès aux financements publics et à d'autres formes de soutien de l'Etat, comme les assurances, de la mise en place par l'entreprise de mesures visant à recenser, prévenir ou atténuer les incidences négatives sur les droits de l'homme des opérations qu'elle mène à l'étranger ;

196. Le devoir de vigilance consiste en l'identification et la prévention des risques d'atteintes graves aux droits humains et à l'environnement.

197. La Commission européenne publie, depuis quelques années, un recueil des politiques et activités en matière de responsabilité sociale menées par les Etats membres. Voir le site <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=331&langId=fr>.

- Prendre en considération, pour décider de l’octroi de financements publics ou d’autres formes de soutien officiel, des antécédents de l’entreprise en ce qui concerne les droits de l’homme ;
- Veiller à ce que les organismes publics qui jouent un rôle important auprès des entreprises, comme les organismes de crédit à l’exportation, prennent des mesures pour recenser, prévenir et atténuer les éventuels effets négatifs que les projets qu’ils soutiennent peuvent avoir sur les droits de l’homme, avant d’accorder leur soutien aux entreprises qui opèrent à l’étranger et précisent que ces organismes n’appuieront pas les activités susceptibles de causer des violations des droits de l’homme ou d’y contribuer.

Cette solution, partielle, peut être généralisée comme l’a fait, déjà en 1995, l’Institut de droit international dans sa résolution de Lisbonne, par ces mots :

«Lorsqu’une filiale d’une entreprise multinationale est établie dans un Etat et se livre régulièrement à des activités économiques avec la société-mère ou avec d’autres sociétés membres de l’entreprise multinationale, cet Etat peut soumettre l’entreprise et les sociétés qui en sont membres à des exigences raisonnables en ce qui concerne la fourniture d’informations, la présentation de comptes rendus financiers et la conformité aux réglementations économiques qui ont un effet direct dans l’Etat de réglementation.

6 (a) Un Etat peut soumettre une entreprise multinationale dont la société-mère est établie sur son territoire à une réglementation raisonnable pour ce qui concerne l’activité de ses filiales établies dans d’autres Etats, pour autant que cette réglementation fasse partie d’un programme d’application générale. En appliquant une telle réglementation, un Etat devrait s’efforcer d’éviter un conflit avec les lois ou les réglementations des Etats dans lesquels les filiales sont établies ou dans lesquels les activités se déroulent. »¹⁹⁸

143. Un exemple resté isolé est celui de la Norvège, laquelle tout en reconnaissant sa part de responsabilité dans la dette grevant les droits de l’homme en Equateur, a reconnu en 2006 sa responsabilité pour l’impact humain négatif de ses politiques de dette étrangère. Voyant en sa campagne d’exportation de navires un «échec de la politique de développement», la Norvège a annulé unilatéralement les dettes

198. <http://www.justitiaetpace.org/>.

pertinentes de cinq pays, dont l'Equateur, qui avait dépensé en 2004 six fois plus en entretien de sa dette qu'en soins de santé. Ce faisant, elle est devenue le premier pays créancier à annuler la dette au nom de la justice plutôt qu'en référence aux niveaux d'endettement ou de pauvreté de l'emprunteur. Du moins d'après les communiqués officiels.

144. Il faut attendre désormais la pratique des Etats. Au moment de l'écriture de ce cours il ne nous semble pas venu le temps où la majorité des Etats adopte des mesures unilatérales de droit interne à portée extraterritoriale ciblant la société-mère d'un groupe de sociétés, afin d'éliminer des conditions de travail déplorables dans les usines textiles en Asie ou en Europe de l'Est, le travail des enfants dans la production de cacao en Afrique de l'Ouest, les émissions mortelles de dioxyde de soufre en Zambie

Toutefois, si ces violations rentrent dans le cadre de règles de droit pénal international, on se place dans le domaine des mesures d'application extraterritoriales directes.

b. *Les mesures d'application extraterritoriales directes*

145. Les mesures d'application extraterritoriales directes sont normalement des lois pénales qui autorisent des poursuites judiciaires en se fondant sur le principe de nationalité de l'auteur, peu importe où l'infraction a pu être commise. C'est donc l'exercice de la compétence personnelle active – dont on a parlé auparavant – qui est visé par les Principes directeurs des Nations Unies et il s'agit de la compétence pénale extraterritoriale. Or, il n'y a pas de conflit de lois pénales à l'instar des « conflits de lois » en droit privé¹⁹⁹ car, ici, *leges feruntur territorio*, les lois pénales sont nécessairement d'application territoriale. Si le juge interne d'un Etat va punir quelqu'un pour la violation grave des droits de l'homme dans un pays étranger il le fait sur la base d'une règle de droit pénal du for, même si elle est assortie d'une portée extraterritoriale.

146. Ainsi, aux Etats-Unis, champions de l'extraterritorialité, des lois pénales fédérales dans le domaine des droits de l'homme s'appliquent de façon extraterritoriale. Ces lois portent, *inter alia*, sur le génocide, les crimes de guerre, le trafic de biens culturels, la torture et l'enrôlement forcé d'enfants soldats. Ici, une direction chargée des droits de l'homme et des poursuites spéciales (*Human Rights and*

199. Ph. Kahn et C. Kessedjian, *L'illicite dans le commerce international*, Litec, 1996, p. 604 ss; B. Oppetit, « Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international », *JDI*, 1987, p. 5-21.

Special Prosecutions Section, HRSP) du ministère de la Justice des Etats-Unis, créée en mars 2010, poursuit ce type de crimes. Toutefois, d'après une récente étude de ces mesures, les poursuites effectivement engagées contre des entreprises pour la commission de ces crimes ont été rares jusqu'ici. C'est, en effet, un peu la même histoire de la lutte contre la corruption depuis l'époque du *Foreign Corrupt Practices Act*, une loi fédérale américaine destinée à éliminer la corruption pratiquée par les entreprises américaines à l'étranger mais qui n'a donné lieu qu'à très peu d'affaires en dépit de ses ambitions.

147. En droit pénal international, la compétence fondée sur la personnalité active est considérée comme un corollaire de la règle classique de non-extradition des nationaux²⁰⁰. En ce sens, la personnalité active devrait avoir une portée différente selon qu'elle s'applique aux personnes physiques ou aux personnes morales : ces dernières étant par nature inextradables, le principe de personnalité active devrait, naturellement, s'appliquer à leur égard.

Ainsi, par exemple, dans un Etat X, la compétence des juridictions étatiques et l'application conséquente de la loi pénale de l'Etat X sera effectuée à l'égard de toutes les personnes physiques ou morales ayant la nationalité dudit Etat qui sont auteurs de crimes ou délits commis à l'étranger. Mais, si le suspect est présent sur le territoire, encore faut-il le respect de l'exigence de la double incrimination²⁰¹. La double incrimination, dans les Etats qui la prévoient, subordonne les poursuites dans l'Etat d'origine (de la nationalité) à la condition que les faits soient punissables à la fois par le droit de cet Etat et par la législation de l'Etat où ils ont été commis. Mais la double incrimination veut dire qu'un Etat X va reconnaître l'impunité, par exemple, aux auteurs d'un génocide si le génocide n'est pas pénalement incriminé dans leur propre pays (Etat Y). C'est pourquoi elle a notamment été supprimée dans le cadre du mandat d'arrêt européen pour les infractions les plus graves (terrorisme, trafic d'armes et traite des êtres humains par exemple).

148. En pratique, cela veut dire aussi qu'une entreprise multinationale dont la société-mère a son siège social dans l'Etat X, violant hors

200. Voir Donnedieu De Vabres, « L'action publique et l'action civile dans les rapports de droit pénal international », *Recueil des cours*, tome 26 (1929), p. 207-310 ; *idem*, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international », *Recueil des cours*, tome 70 (1947), p. 477-611 ; J. Barboza, « International Criminal Law », *Recueil des cours*, tome 278 (1999), p. 9-199.

201. Voir H. Ascensio, E. Decaux et A. Pellet, *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, *passim*, ainsi que E. David, *Eléments de droit pénal international*, Bruxelles, PUB, 2005, paragraphes 3.2 ss.

frontières, par l'intermédiaire de succursales ou de filiales contrôlées à majorité, des droits fondamentaux dont le non-respect est incriminé tant par la loi de l'Etat X que par la loi du lieu de commission de l'infraction (dans l'Etat Y), pourra être poursuivie dans l'Etat X, pour pallier l'inertie ou l'impossibilité matérielle de mettre en œuvre les poursuites dans l'Etat du lieu des faits infractionnels (Etat Y). Mais le succès de ces poursuites dépend souvent de l'admissibilité ou non de la levée du voile social en l'espèce comme il a été démontré par l'affaire *Total* en Birmanie du 2004, jugé, *inter alios*, par la Cour de cassation belge en 2004²⁰².

ii) *L'extraterritorialité obligatoire*

149. On peut parler d'« extraterritorialité obligatoire » lorsque celle-ci est prévue comme obligation de l'Etat partie à un accord international multilatéral. Ici, bien entendu, la réponse dépend de chaque traité.

150. Or, en matière environnementale, depuis quelques temps, on a enregistré une bonne dose d'extraterritorialité – contrôlée par traité – imposant des règles sur la responsabilité en chef d'un sujet non étatique. En effet, on a bien compris que l'indemnisation des dommages imputés à une pollution résultant du déversement d'hydrocarbures par des navires-citernes ne peut qu'être régie par un régime international. A l'origine, le régime avait pour cadre la Convention internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures²⁰³ couplée avec

202. Dans un arrêt du 5 mai 2004 relatif à l'affaire *Total* en Birmanie, la Cour de Cassation belge a jugé que

« pour ce qui concerne les personnes morales, c'est, conformément aux articles 24 et 62bis du Code d'instruction criminelle, le lieu du siège social ou du siège d'exploitation qui détermine les règles de compétence et de recevabilité de l'action publique relatives aux crimes et délits commis hors du territoire du Royaume, et que le groupe multinational *Total* ne peut, comme il est soutenu, être réputé avoir « sa résidence principale en Belgique par l'incorporation de son centre de coordination à Bruxelles », dès lors que celui-ci, établi en application de l'arrêté royal n° 187 du 30 décembre 1982, a pris la forme d'une société anonyme de droit belge, est doté de ce fait d'une personnalité juridique propre et ne peut, partant, être considéré comme le siège social ou un siège d'exploitation de la société anonyme distincte *Totalfinalf* ».

Une solution similaire a été offerte par les juridictions françaises, toujours à propos de l'affaire *Total* en Birmanie : voir à ce propos O. De Schutter, « Les affaires *Total* et *Unocal* : complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme », *AFDI*, 2006, p. 55-101.

203. Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, Bruxelles, 29 novembre 1969, entrée en vigueur

la Convention internationale de 1971 portant création d'un Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures²⁰⁴. Cependant, en 1992, ce régime a été modifié par deux protocoles et les Conventions ainsi modifiées portent le nom de Convention de 1992 sur la responsabilité civile et Convention de 1992 portant création du Fonds²⁰⁵. La nouveauté de ce régime est de régir la responsabilité des propriétaires de navires pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures et pour ce faire, elle pose le principe de leur responsabilité objective tout en instaurant un système d'assurance-responsabilité obligatoire²⁰⁶. En cas d'irresponsabilité du propriétaire, de son insolvabilité ou de franchissement de la limitation de responsabilité, les victimes peuvent se tourner vers les fonds internationaux, pour autant que le dommage ait eu lieu sur le territoire ou dans la zone économique exclusive d'un Etat partie au protocole de 1992 ou à celui de 2003. Or la protection obtenue par ces conventions est à l'avantage tant des Etats que des victimes privées. Pour un Etat, le fait d'être partie à ces traités, permet de récupérer les frais encourus au titre des opérations de nettoyage ou des mesures de sauvegarde, suite aux événements de pollution mettant en cause un navire-citerne. Pour les établissements privés ou les particuliers qui ont subi des dommages causés par la pollution, une indemnisation est également disponible²⁰⁷.

151. De même, d'autres traités internationaux en matière de droits de l'homme *lato sensu*, obligent les Etats à prévoir une personnalité active dans leur législation nationale pour poursuivre les auteurs des violations des droits fondamentaux. Il en va ainsi, par exemple, de la

le 14 mars 1988, et protocole du 19 novembre 1992, entré en vigueur le 30 mai 1996.

204. Convention internationale portant création d'un fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, Bruxelles, 18 décembre 1971, et protocoles du 27 novembre 1992, entré en vigueur le 30 mai 1996 et du 16 mai 2003, entré en vigueur le 3 mars 2005.

205. Les Conventions de 1992 sont entrées en vigueur le 30 mai 1996.

206. La Convention de 1992 portant création du fonds, qui complète la Convention de 1992 sur la responsabilité civile, établit, à son tour, un régime d'indemnisation des victimes qui entre en jeu lorsque l'indemnisation prévue aux termes de l'autre Convention est insuffisante. En devenant partie à la Convention de 1992 portant création du fonds, un Etat devient membre du fonds de 1992. Ceci pourrait constituer un bel exemple à suivre par les rédacteurs du projet de traité en matière de responsabilité des sociétés transnationales (STN), actuellement en cours sur initiative de l'Equateur et de l'Afrique du Sud.

207. L'affaire *Erika* n'est pas le meilleur exemple, mais permet de réfléchir sur les conséquences du manque de régulation de ces activités transfrontalières. Voir Cass. cri m., 25 septembre 2012, n° 10-82.938, et le commentaire par E. Daoud et C. Le Corre, «Arrêt Erika: marée verte sur le droit de la responsabilité civile et pénale des compagnies pétrolières», *Lamy Affaires*, novembre 2012, p. 1 ss.

Convention contre la torture de 1984 (art. 5.1 (b))²⁰⁸, et de la Convention pour la répression du financement du terrorisme de 1999 (art. 7)²⁰⁹. D'autres obligations sont prévues dans quelques autres instruments internationaux de protection des droits de l'homme, comme l'article 4 de la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989²¹⁰, ou l'article 32 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées²¹¹.

Malheureusement, si l'on compare le langage des différents traités on peut constater que les traités sur les droits de l'homme, sauf exception, préfèrent mettre l'accent sur la coopération plutôt que parler des compétences des Etats. Ici, donc, l'œuvre d'interprétation des organes de contrôle des différents traités se révèle nécessaire²¹².

a. *Le PIDCP*

152. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques prévoit que les Etats parties doivent respecter et garantir «à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence» les droits du Pacte.

153. Selon le Comité des droits de l'homme «cela signifie qu'un Etat partie doit respecter et garantir à quiconque se trouve sous son pouvoir ou son contrôle effectif les droits reconnus dans le Pacte même s'ils ne

208. Article 5.1 : «Tout Etat partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions visées à l'article 4 dans les cas suivants: ... b) Quand l'auteur présumé de l'infraction est un ressortissant dudit Etat.»

209. Article 7.1 : «Chaque Etat partie adopte les mesures qui peuvent être nécessaires pour établir sa compétence en ce qui concerne les infractions visées à l'article 2 lorsque : a) L'infraction a été commise sur son territoire; b) L'infraction a été commise à bord d'un navire battant son pavillon ou d'un aéronef immatriculé conformément à sa législation au moment des faits; ou c) L'infraction a été commise par l'un de ses nationaux.»

210. «Les Etats parties s'engagent à prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la présente Convention. Dans le cas des droits économiques, sociaux et culturels, ils prennent ces mesures dans toutes les limites des ressources dont ils disposent et, s'il y a lieu, dans le cadre de la coopération internationale.»

211. Article 32.1 : «Les Etats parties reconnaissent l'importance de la coopération internationale et de sa promotion, à l'appui des efforts déployés au niveau national pour la réalisation de l'objet et des buts de la présente Convention, et prennent des mesures appropriées et efficaces à cet égard, entre eux et, s'il y a lieu, en partenariat avec les organisations internationales et régionales compétentes et la société civile, en particulier les organisations de personnes handicapées.»

212. Voir M. Kamminga et M. Scheinin (dir. publ.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Cambridge, 2004.

se trouvent pas sur son territoire». Les droits du Pacte bénéficient par conséquent à

«quiconque se trouve sous le pouvoir ou le contrôle effectif des forces d'un Etat partie opérant en dehors de son territoire, indépendamment des circonstances dans lesquelles ce pouvoir ou ce contrôle effectif a été établi, telles que les forces constituant un contingent national affectées à des opérations internationales de maintien ou de renforcement de la paix».

154. Le Comité considère en effet qu'il ne serait pas acceptable que les Etats parties au Pacte commettent à l'étranger des violations qui leur seraient interdites sur leur territoire national. Ces principes rejoignent ceux que la Cour internationale de Justice réaffirme dans son avis consultatif célèbre, du 9 juillet 2004, sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé :

«Les auteurs du Pacte n'ont pas entendu faire échapper les Etats aux obligations qui sont les leurs lorsqu'ils exercent leur compétence hors du territoire national. Ils ont seulement voulu éviter que des personnes résidentes à l'étranger puissent se prévaloir envers leur Etat d'origine des droits ne relevant pas de la compétence de ce dernier, mais de celle de l'Etat de résidence.»

b. *Le PIDESC*

155. Plus sophistiqué, l'article 2, paragraphe 1, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) de 1966, prévoit que :

«Chacun des Etats parties au présent Pacte s'engage à agir, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés...»

156. A la différence des instruments précités, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) ne fait aucune référence à la notion de «territoire» ou de «juridiction». Ainsi, quelques auteurs ont fourni une interprétation extensive de ces règles en s'appuyant sur l'article 2, paragraphe 1 dudit Pacte, comme nous avons pu le constater au paragraphe 155 *supra*.

C'est pourquoi cette problématique a été abordée de façon remarquable par un groupe d'experts qui a publié, à l'automne 2011, les «Principes de Maastricht» (voir *supra* 146).

157. Ainsi, au sens de l'article 8 des Principes de Maastricht :

«Aux fins des présents Principes, les obligations extraterritoriales comprennent :

- a) les obligations relatives aux actes ou aux omissions d'un Etat, sur ou au-delà de son territoire, qui ont des effets sur la jouissance des droits de l'homme en dehors du territoire dudit Etat ; et ;
- b) les obligations ayant un caractère mondial, énoncées dans la Charte des Nations Unies et dans les instruments relatifs aux droits de l'homme, de prendre des mesures, séparément et conjointement dans le cadre d'une coopération internationale, afin de réaliser les droits de l'homme au niveau universel. »

Le champ d'application est indiqué à l'article 9 de ces Principes où l'on affirme que :

«L'Etat est tenu de respecter, de protéger et de mettre en œuvre les droits économiques, sociaux et culturels dans les situations suivantes :

- a) situations dans lesquelles il exerce son autorité ou son contrôle effectif, que ce contrôle s'exerce ou non en conformité avec le droit international.
- b) situations dans lesquelles les actes ou les omissions de l'Etat entraînent des effets prévisibles sur la jouissance des droits économiques, sociaux et culturels, que ce soit sur ou en dehors de son territoire ;
- c) situations dans lesquelles les Etats, agissant séparément ou conjointement, que ce soit par le biais de leur pouvoir exécutif, législatif ou judiciaire, sont en position d'exercer une influence décisive ou de prendre des mesures afin de réaliser les droits économiques, sociaux ou culturels au-delà de leur territoire, et ce dans le respect du droit international. »

Car la responsabilité peut être engagée au sens juridique du terme «du fait d'une conduite imputable à l'Etat, agissant séparément ou conjointement avec d'autres Etats ou entités, qui constitue une violation de ses obligations internationales en matière de droits de l'homme que ce soit sur ou en dehors de son territoire».

158. Autrement dit, protéger les droits économiques, sociaux et culturels à l'échelon extraterritorial (ce qui peut inclure, par exemple, une forme de législation assurant que les sociétés multinationales ne violent pas les droits de l'homme dans les pays tiers), au sens du PIDESC, dérive du fait que les Etats, qui en sont partie, ont une obligation positive générale de droit international de coopérer à la réalisation des droits de l'homme dans d'autres pays. Le cadre promeut la définition d'un ensemble clair de normes communes mais différenciées et des responsabilités des détenteurs d'obligations. Dans de nombreux domaines, il est largement admis que les pays les plus riches devraient apporter une contribution plus grande au coût des politiques internationales de portée mondiale.

159. Cependant, la Cour internationale de Justice dans l'affaire – déjà citée – du *Mur en Palestine* a adopté une interprétation plus restrictive sachant que «les droits garantis par ce pacte ont pour l'essentiel une portée territoriale»²¹³.

Il faudra voir, maintenant, ce que le Comité des droits économiques sociaux et culturels va dire à ce propos dans la prochaine observation générale qui s'annonce précisément en matière de «*Business and human rights*».

c. *La CEDH*

160. Nombre d'affaires et de questions découlant du contexte de l'activité d'entreprises européennes concernent des allégations de violations des droits de l'homme commises hors d'Europe. En général, les victimes présumées résident en dehors du territoire des Etats membres du Conseil de l'Europe et, par conséquent, ne relèvent pas de la juridiction des Hautes Parties contractantes au sens de l'article 1 de la Convention, qui énonce :

«Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention.»

161. La Cour européenne des droits de l'homme s'est penchée à plusieurs reprises sur l'applicabilité de cet article renvoyant au concept de juridiction. Dans sa célèbre décision *Bankovic*²¹⁴, elle retrace l'histoire de l'apparition de ce concept dans la CEDH :

²¹³. CIJ, *op. cit.*, p. 136, paragraphe 112.

²¹⁴. Cour EDU (grande chambre), *Bankovic et al. c. Belgique et al.*, 12 décembre 2001, req. n° 52207/99.

« 19. Le texte rédigé par la commission des affaires juridiques et administratives de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe prévoyait, dans ce qui allait devenir l'article 1 de la Convention, que les « Etats membres s'engage[ai]ent à garantir à toute personne résidant sur leur territoire les droits ... ». Le comité d'experts intergouvernemental qui se pencha sur le projet de l'Assemblée consultative décida de remplacer les mots « résidant sur leur territoire » par les termes « relevant de leur juridiction ». Les motifs ayant présidé à cette modification se trouvent décrits dans l'extrait suivant du Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme (vol. III, p. 260) :

« Le projet de l'Assemblée avait attribué le bénéfice de la Convention à « toute personne résidant sur le territoire des Etats signataires. » Il a semblé au Comité que le terme « résidant » pourrait être considéré comme étant trop restrictif. En effet, il y aurait lieu d'accorder le bénéfice de la Convention à toute personne se trouvant sur le territoire des Etats signataires, même à celles qui ne sauraient être considérées comme y résidant au sens juridique du mot. D'ailleurs, ce sens n'est pas le même selon toutes les législations nationales. Le Comité a donc remplacé le terme « résidant » par les mots « relevant de leur juridiction », qui figurent également dans l'article 2 du projet de Pacte de la Commission des Nations Unies. »

20. L'adoption de l'article 1 de la Convention fut encore précédée d'une observation du représentant belge, qui, le 25 août 1950, lors de la séance plénière de l'Assemblée consultative, s'exprima comme suit :

« ... actuellement le droit de protection de nos Etats, en vertu d'une clause formelle de la Convention, pourra s'exercer intégralement et sans division ni distinction en faveur des individus quelle qu'en soit la nationalité qui, sur le territoire de l'un quelconque de nos Etats, auraient eu à se plaindre d'une violation de [leurs] droit[s]. »

Sans entrer dans les détails de l'analyse, il importe ici de souligner qu'un Etat partie à la CEDH est tenu d'appliquer la Convention lorsqu'il exerce le contrôle effectif d'une partie du territoire d'un Etat tiers²¹⁵ et

215. Comm. EDH, décision *Chypre c. Turquie*, 11 octobre 1973, requêtes n° 6780/74 et 6950/75 (plénière); Comm. EDH, décision *Chypre c. Turquie*, 10 juillet 1978,

lorsque ses agents diplomatiques et consulaires exercent leurs fonctions à l'étranger²¹⁶.

162. Dans l'affaire *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires)²¹⁷, au stade de l'exception préliminaire, la Cour a décidé que,

«[c]ompte tenu de l'objet et du but de la Convention, une Partie contractante peut également voir engager sa responsabilité lorsque, par suite d'une action militaire – légale ou non –, elle exerce en pratique le contrôle sur une zone située en dehors de son territoire national. L'obligation d'assurer dans une telle région le respect des droits et libertés garantis par la Convention découle du fait de ce contrôle, qu'il s'exerce directement, par l'intermédiaire des forces armées de l'Etat concerné ou par le biais d'une administration locale subordonnée»²¹⁸.

Poursuivant sur la question de la responsabilité au fond, la Cour juge, dans *Loizidou c. Turquie (fond)*²¹⁹, que «[l]a responsabilité [des Hautes Parties contractantes] peut entrer ... en jeu à raison d'actes ou d'omissions émanant de leurs organes et déployant leurs effets en dehors de leur territoire»²²⁰. Et cette responsabilité peut être la suite d'une action militaire et du contrôle global en résultant sur le territoire en question²²¹.

163. Aussi, en matière d'extradition, un Etat partie à la CEDH ne peut extradier un individu si celui-ci encourt des risques réels de faire l'objet, dans l'Etat requérant, d'un traitement contraire à l'article 3 CEDH ou s'il risque d'y supporter un déni de justice flagrant (violation de l'article 6 CEDH)²²².

Enfin, en matière de coopération judiciaire en matières civile et pénale, la Cour a également reconnu que les Etats parties à la CEDH

requête n° 8007/77 (plénière); Cour EDH, arrêt *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, requête n° 15318/89 (grande chambre); Cour EDH, arrêt *Issa et al. c. Turquie*, 16 novembre 2004, requête n° 31821/96 (deuxième section).

216. Comm. EDH, décision *F.J.R.v.S. c. République fédérale d'Allemagne*, 25 septembre 1965, requête n° 1611/62; Comm. EDH, décision *M. c. Danemark*, 14 octobre 1992, requête n° 17392/90.

217. Cour EDH (grande chambre), arrêt *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, requête n° 15318/89.

218. *Ibid.*, point 62, alinéa 2.

219. Cour EDH, arrêt *Loizidou c. Turquie* (fond), 18 décembre 1996, requête n° 15318/89 (grande chambre).

220. *Ibid.*, point 49.

221. Voir *ibid.*, point 56.

222. Voir Cour EDH, arrêt *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, requête n° 14038/88 (plénière), et la jurisprudence ultérieure qu'elle fonde.

étaient débiteurs de certaines obligations de nature à donner un effet extraterritorial à la Convention²²³.

d. *La Convention américaine des droits de l'homme*

164. A son tour, l'article 1, paragraphe 1 de la Convention américaine des droits de l'homme prévoit que :

« Les Etats Parties s'engagent à respecter les droits et les libertés reconnus dans la présente Convention et en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence. »

165. Les organes de contrôle de ce traité, des organes quasi juridictionnels sur le plan du droit international, ont conclu en faveur de l'applicabilité de ladite Convention lorsqu'un Etat exerce un contrôle effectif sur un territoire déterminé, y compris si celui-ci ne relève pas de sa souveraineté territoriale. Ils ont estimé ainsi que les agents d'un Etat partie peuvent engager la responsabilité de celui-ci, au regard de ses obligations conventionnelles, lorsqu'ils agissent à l'étranger dans des situations où ils exercent un contrôle effectif sur une personne ou sur des biens.

iii) *L'extraterritorialité non contestée : l'appui au respect des droits de l'homme par les entreprises dans les zones touchées par des conflits armés*

166. Les Principes directeurs des Nations Unies restent assez prudents en matière d'extraterritorialité. Ils poussent l'Etat d'origine d'une STN à élargir sa juridiction dans un cadre précis, prévu à son Principe opérationnel n° 7 :

« Comme le risque de violations caractérisées des droits de l'homme est plus élevé dans les zones touchées par des conflits, les Etats devraient faire en sorte de garantir que les entreprises opérant dans ces contextes ne prennent pas part à ces violations, en prenant notamment les dispositions suivantes :

a) Etablir des relations avec les entreprises aussitôt que possible pour les aider à identifier et prévenir les risques liés aux

223. Cour EDH, arrêt *Drozd et Janousek c. France et Espagne*, 26 juin 1992, requête n° 12747/87 (plénière) ; Cour EDH, arrêt *Pellegrini c. Italie*, 20 juillet 2001, requête n° 30882/96 (deuxième section).

droits de l'homme que présentent leurs activités et relations commerciales, et à en atténuer les effets ;

- b) Fournir une aide adéquate aux entreprises pour évaluer et traiter les risques accrus d'atteintes, en accordant une attention spéciale à la violence sexiste ainsi qu'aux sévices sexuels ;
- c) Refuser l'accès au soutien et aux services publics à une entreprise coupable de violations caractérisées des droits de l'homme qui refuse de coopérer pour remédier à la situation ;
- d) Veiller à ce que leurs politiques, lois, règlements et mesures d'application soient efficaces quant à la prise en compte du risque que des entreprises soient impliquées dans des violations caractérisées des droits de l'homme.»

En effet, d'après le commentaire des Principes directeurs des Nations Unies :

« Dans les zones touchées par des conflits, l'Etat « d'accueil » peut ne pas pouvoir bien protéger les droits de l'homme faute de moyens de contrôle efficaces. Si des sociétés transnationales sont en jeu, les Etats « d'origine » ont un rôle à jouer pour aider à la fois ces sociétés et les Etats d'accueil à assurer que les entreprises ne se rendent pas coupables d'atteintes aux droits de l'homme, tandis que les Etats voisins peuvent fournir un important soutien additionnel. »

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, le Comité des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme et la Commission interaméricaine des droits de l'homme soutiennent également ce principe dans leurs différentes observations générales.

167. Les observations générales du Comité pour le droit des enfants de 2013 vont bien plus loin tout en indiquant que :

« Dans de telles circonstances, les enfants sont plus susceptibles d'être recrutés par des entreprises (y compris au sein des chaînes d'approvisionnement et dans leurs filiales) ou utilisés comme enfants soldats, et les risques de corruption ou de fraude fiscale sont plus importants. Compte tenu de ces risques accrus, les Etats d'origine devraient demander aux entreprises qui exercent leurs activités dans des situations d'urgence ou de conflit de faire preuve de la plus grande diligence, compte tenu de leur envergure et de leurs activités, pour veiller au respect des droits de l'enfant. Ils devraient également élaborer et appliquer des lois et des

règlements portant sur les risques prévisibles qu'entraînent les activités transnationales des entreprises en matière de droits de l'enfant. Ils pourraient notamment demander aux entreprises de faire connaître les mesures qu'elles prennent pour veiller à ce que leurs activités ne contribuent pas à de graves atteintes aux droits de l'enfant et interdire la vente ou le transfert d'armes et d'autres formes d'assistance militaire dans les cas où l'on sait que, dans le pays de destination finale, des enfants sont enrôlés ou utilisés dans des hostilités ou risquent de l'être.»

168. Bref, les Etats devraient être en mesure d'informer les entreprises des effets potentiels sur les droits de l'homme de la réalisation d'opérations dans les zones en conflit et dans d'autres secteurs ou zones à haut risque d'impact négatif sur les droits de l'homme, et donner une assistance à ces entreprises, conformément aux instruments internationaux pertinents, tels que l'outil de l'OCDE de sensibilisation au risque destiné aux entreprises multinationales opérant dans les zones à déficit de gouvernance ou au Guide OCDE sur le devoir de diligence raisonnable pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque. Les Etats peuvent faciliter l'adhésion des entreprises à des normes sectorielles spécifiques telles que les Principes volontaires sur la sécurité et les droits de l'homme et le code de conduite international des entreprises de sécurité privées. Enfin, les Etats membres devraient envisager une analyse sectorielle de risques afin d'identifier les secteurs les plus exposés au risque d'implication dans l'impact négatif sur les droits de l'homme.

b) *La résurgence de la responsabilité primaire : l'imputation à l'Etat des activités de quelques sociétés commerciales*

169. On a vu que le droit international « public » n'est pas favorable à l'attribution, en règle générale, d'une responsabilité internationale à l'Etat d'origine d'une société transnationale. Selon le principe régissant la responsabilité internationale des Etats, celle-ci ne peut être engagée que si le comportement en cause constitue la violation d'une obligation internationale de l'Etat et si ledit comportement lui est attribuable²²⁴ :

224. Article 2 des Articles CDI.

«Il y a fait internationalement illicite de l'Etat lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission: a) est attribuable à l'Etat en vertu du droit international; et b) constitue une violation d'une obligation internationale de l'Etat.»

Or, ici il s'agit de «*responsibility*» et non pas de «*accountability*». Ainsi, il est clair que seulement dans des circonstances exceptionnelles on peut attribuer à l'Etat d'origine une obligation internationale à cause du comportement d'une entité privée dont les activités sont réalisées dans un autre Etat.

170. Cependant, la responsabilité internationale de l'Etat peut être engagée non seulement par le comportement de ses organes, mais aussi lorsque des activités ne provenant pas d'organes étatiques sont néanmoins attribuées à l'Etat. Les répercussions des activités des entreprises publiques sur l'exercice des droits de l'homme peuvent être importantes. Selon le degré de contrôle qu'il exerce sur elles, l'Etat peut être tenu pour responsable de leurs activités, surtout si ces entreprises opèrent au-delà du territoire national. Lorsqu'elles agissent en tant qu'organes de l'Etat ou agents d'exécution de la politique gouvernementale, l'Etat doit veiller à ce que leurs activités soient cohérentes sur le plan politique et contribuent à la réalisation des droits de l'homme.

171. En ligne générale, la CDI a identifié plusieurs cas de figure où cela est possible. Tout d'abord le comportement d'une société privée peut être attribué à un Etat, soit-il l'Etat hôte ou l'Etat d'origine, lorsque cette entité est habilitée par le droit de l'Etat concerné à «exercer des prérogatives de puissance publique» (art. 5, Articles CDI).

Encore, il est possible d'opérer ladite attribution lorsque la société privée «agit en fait sous les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet Etat» (art. 8, Articles CDI).

Une autre possibilité permettant l'attribution de la responsabilité internationale à l'Etat s'avère lorsque ladite société exerce en fait des prérogatives de puissance publique en cas d'absence ou de carence des autorités officielles (art. 9, Articles CDI).

Enfin, les Articles de la CDI prévoient le cas où l'Etat «reconnaît et adopte ledit comportement comme sien» (art. 11, Articles CDI).

Il est difficile de voir cet article appliqué fréquemment à des sociétés commerciales. Toutefois, il suffit de rappeler les expériences récentes dans les Balkans, en Afghanistan et en Irak où des sociétés militaires privées se trouvent mêlées à divers incidents comportant la violation

des droits de l'homme, le racket des trafics divers et des atteintes à des vies humaines²²⁵.

172. Ainsi, le 17 décembre 2008, le Document de Montreux²²⁶ a clairement identifié les responsabilités des Etats et des STN militaires privées. Il s'agit, ici, d'entités commerciales privées qui fournissent des services militaires et/ou de sécurité. Les services militaires et/ou de sécurité comprennent en particulier la garde armée et la protection de personnes et d'objets tels que les convois, les bâtiments et autres lieux ; la maintenance et l'exploitation de systèmes d'armement ; la détention de prisonniers, et le conseil ou la formation des forces locales et du personnel de sécurité local²²⁷.

La Cour internationale de Justice s'est prononcée déjà à plusieurs reprises sur le problème de la responsabilité de l'Etat en relation avec des groupes ou entités non étatiques, depuis l'affaire des otages américains en Iran (1980) jusqu'à l'affaire de la Convention relative au génocide (2007), en passant par l'affaire du Nicaragua (1986) et l'affaire de la République démocratique du Congo (2005). Regardons donc ces questions de plus près.

i) *Les sociétés exerçant des prérogatives de puissance publique (art. 5)*

173. Du point de vue du droit international, l'Etat est, en principe, responsable du comportement de ses organes. Par « organe de l'Etat », on songe aux organes *de jure*, c'est-à-dire des personnes ou entités qui ont ce statut précis d'après le droit interne de l'Etat²²⁸. Cependant,

225. Il suffit de noter que, à la différence de la question classique des mercenaires (des sujets, personnes physiques agissant généralement en dehors de tout lien – du moins officiel – avec un Etat), les sociétés militaires privées agissent en liaison avec un Etat par le biais de contrats de service. Cf. A. Bailes et C. Holmqvist, « Les affaires et la sécurité : quel rôle pour le secteur privé ? », *Politique étrangère*, n° 1, mars 2006, p. 119-130 ; P. W. Singer, *Corporate Warriors : The Rise of The Privatized Military Industry*, Ithaca et Londres, Cornell University Press, 2003 ; F. Francioni et N. Ronzitti (dir. publ.), *War by Contract : Human Rights, Humanitarian Law and Private Contractors*, *op. cit.*

226. Document de Montreux sur les obligations juridiques pertinentes et les bonnes pratiques pour les Etats en ce qui concerne les opérations des entreprises militaires et de sécurité privées pendant les conflits armés (2008). Voir aussi F. Parodi, « La coordination entre armées régulières et sociétés militaires privées : complémentarité ou concurrence ? », dans J.-M. Sorel et I. Fouchard (dir. publ.), *Les tiers aux conflits armés et la protection des populations civiles*, Paris, Pedone, 2010, p. 19-37 ; « Symposium on Private Military Contractors and International Law », *European Journal of International Law*, 2008, n° 5.

227. Document de Montreux, préface, p. 9.

228. Article 4, Articles CDI.

le droit international ne se limite pas à une vision formaliste du droit interne. C'est l'appareil de l'Etat, *in concreto*, et non seulement formel qui est pris en compte par le droit de la responsabilité internationale. Par conséquent, le terme «organe de l'Etat» se réfère soit aux organes *de jure* soit aux organes *de facto*²²⁹. Autrement dit, il faut prendre en considération l'organisation effective de l'Etat et pas seulement celle qui est visible «sur le papier», à travers ses lois.

On comprend alors bien que – même si assez rarement – le comportement d'une société commerciale transnationale peut rentrer dans le cas d'espèce de l'article 5 des Articles de la CDI suivant lequel :

«le comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'Etat, mais qui est habilité par le droit de cet Etat à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité, agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international.»

174. Trois critères doivent, toutefois, être réunis. Tout d'abord il faut que la *société privée* exerce des prérogatives de «puissance publique». Ainsi, le commentaire de la CDI envisage comme exemple une société de contrôle à l'immigration pour le transport aérien²³⁰. Ou encore, une société privée d'identification des biens devant faire l'objet d'une expropriation publique, ou encore, de gestion et surveillance des lieux de détention. Il faut rajouter à ces exemples le cas des sociétés ayant reçu un monopole de l'Etat, ou encore les agences de crédit à l'exportation, pourvu que l'Etat en constitue l'actionnaire majoritaire²³¹.

Tous ces exemples relèvent du même principe : éviter que l'Etat échappe à sa responsabilité internationale par le recours à la privatisation de certaines de ses propres fonctions.

Cependant, l'application pratique de ce principe est difficile, car il n'y a pas de listes acceptées internationalement prévoyant des «prérogatives

229. Voir par exemple P.-M. Dupuy, «Relations between the International Law of Responsibility and Responsibility in Municipal Law», dans J. Crawford, A. Pellet et S. Olleson (dir. publ.), p. 180-181 ; L. Condorelli et C. Kress, «The Rules of Attribution : General Considerations», *ivi*, p. 231 ss.

230. Commentaires, p. 100. Voir aussi L. Condorelli, *L'imputation...*, *Recueil des cours*, *op. cit.*, p. 71 ss.

231. R. McCorquodale et P. Simons, «Responsibility beyond borders : State responsibility for extraterritorial violations by corporations of international human rights law», *Modern Law Review*, 2007, p. 598-625.

de puissance publique»; ensuite, les mêmes «prérogatives» peuvent varier dans le temps au sein d'un même Etat²³².

En deuxième lieu, il faut qu'une société privée soit juridiquement habilitée à exercer lesdites prérogatives.

Enfin, et c'est la troisième condition, il faut que la même société ait agi en cette qualité.

Cet article était voué à prendre en compte le phénomène des entités parastatales qui exercent des éléments d'autorité gouvernementale à la place des organes de l'Etat ou des situations dans lesquelles des anciennes sociétés d'Etat ont été privatisées, mais conservent certaines fonctions publiques ou régulatrices fixées par le droit²³³.

Sont donc visées par cet article, aussi bien les entreprises publiques et parapubliques que les sociétés privées, pour autant que leur comportement se rapporte à l'exercice de prérogatives de puissance publique²³⁴.

Cependant, peu importe la qualification de l'entreprise d'après le droit interne, la part du capital ou le degré de contrôle exercé par l'Etat sur la société privée. En effet, contrairement aux exigences de l'article 4, ici ce n'est pas le lien formel entre l'entreprise et l'Etat qui est pris en compte pour engager la responsabilité de l'Etat, mais la nature de la fonction que celui-ci lui a confiée. D'après M. Crawford

«the mere fact that a corporation is owned, partially or even entirely by a State does not automatically permit the piercing of the corporate veil and the attribution of the conduct of the corporation to the State, unless it is exercising elements of governmental authority»²³⁵.

L'affaire du *Barcelona Traction*²³⁶ est là pour démontrer que la personnalité morale de droit interne d'une société commerciale vaut aussi dans un contentieux international et ne peut être dépassée que dans des cas exceptionnels.

Toutefois, il s'agit d'un nouveau chapitre du droit de la responsabilité internationale qui, en dépit des programmes de la CDI, s'impose

232. S. Chesterman et C. Lehardt, *From Mercenary to Markets: The Rise and Regulation of Private Military Companies*, OUP, 2007.

233. Crawford, commentaires, *op. cit.*, article 5, paragraphe J.

234. Crawford, commentaires, *op. cit.* aux p. 97-98, article 5, paragraphe 2 et 3; Spinedi, «Private Contractors», dans Francioni et Ronzitti (dir. publ.), *War by Contract*, *op. cit.*, p. 276.

235. J. Crawford, *State Responsibility*, Cambridge, CUP, 2016, p.161.

236. *CIJ Recueil 1970*, p. 3.

désormais avec l'épineuse question des fonds souverains (*Sovereign Wealth Funds*)²³⁷.

Sur ces points, les Principes directeurs des Nations Unies n'ajoutent pas beaucoup. Dans son Principe opérationnel n° 5 on relève que :

«Les Etats devraient exercer un contrôle adéquat afin de satisfaire à leurs obligations internationales en matière de droits de l'homme lorsqu'ils s'assurent par contrat auprès d'entreprises de services qui peuvent avoir une incidence sur l'exercice des droits de l'homme, ou s'ils légifèrent en la matière.»

Le sens de ce principe est mieux précisé dans son Commentaire officiel lorsqu'on observe que :

«Les Etats ne renoncent pas à leurs obligations en vertu du droit international des droits de l'homme lorsqu'ils privatisent la prestation de services qui peuvent avoir une influence sur l'exercice de ces droits. L'incapacité des Etats à assurer que les entreprises fournissant de tels services opèrent conformément à leurs obligations en matière de droits de l'homme peut avoir des conséquences pour eux-mêmes tant du point de vue de leur réputation que du point de vue juridique. Il serait nécessaire pour commencer que les contrats de services pertinents ou les lois d'habilitation énoncent expressément que l'Etat attend de ces entreprises qu'elles respectent les droits de l'homme. Les Etats devraient faire en sorte de pouvoir effectivement surveiller les activités des entreprises, y compris en mettant en place des mécanismes indépendants de suivi et de responsabilisation appropriés.»²³⁸

ii) *La société qui agit sous les instructions, les directives ou sous le contrôle de l'Etat*

175. L'article 8 des Articles CDI prévoit la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite lorsqu'une personne ou une

237. Il s'agit des fonds possédés ou contrôlés par un gouvernement national, qui gèrent des actifs financiers dans une logique à long terme et qui suivent des objectifs macroéconomiques. A ce sujet voir R. Bismuth, «Les fonds souverains face au droit international – Panorama des problèmes juridiques posés par des investisseurs peu ordinaires», *AFDI*, 2010, 2011, p. 567-606 ainsi que J.-M. Thouvenin, «Les fonds souverains et le (mal) développement», dans *SFDI, Droit international et développement*, Colloque de Lyon, Paris, 2015, p. 99 ss.

238. C'est nous qui soulignons.

entité privée peut être assimilée à un organe *de facto* de l'Etat²³⁹. Ici, cette disposition vise les comportements de personnes privées, non habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique, mais dont le comportement peut être néanmoins rattaché à l'Etat.

Or, on sait que, ici, toute la difficulté est de trouver le lien de connexité entre la personne ou le groupe de personnes avec l'Etat afin de procéder à l'imputation.

176. La CIJ a eu l'occasion de préciser le critère d'attribution de la responsabilité à un Etat, sur la base du contrôle, en estimant qu'il faut établir que ledit Etat avait un «contrôle effectif» des opérations et des actes illicites produits; elle retient ainsi une définition assez rigoureuse du contrôle, qu'elle confirme et renforce encore dans l'affaire du génocide²⁴⁰, par une interprétation très restrictive de l'arrêt de 1986, en exigeant la preuve que l'Etat a exercé un contrôle effectif sur chacune des opérations ayant donné lieu à des violations du droit international.

En revanche, la CIJ ne partage pas la solution retenue par le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie (TPY) lequel, notamment, retient un critère de contrôle différent et plus large. Le TPY, en effet, a pu estimer que la responsabilité d'un Etat peut être engagée sur le fondement du «contrôle global» exercé par cet Etat sur les auteurs des violations du droit international, sans qu'il soit nécessaire de prouver que chaque opération a été menée sur les instructions ou le contrôle effectif de cet Etat²⁴¹.

177. A son tour, on l'a dit, la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*, du 23 mars 1995, a rappelé que, si l'article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme fixe des limites au domaine de la Convention, la notion de «jurisdiction» au sens de cette disposition ne se circonscrit pas au territoire national des Etats contractants.

178. Encore, dans l'affaire *Andreas Manitaras et al. c. Turquie*, le 3 juin 2008, la Cour a souligné que comme la Turquie exerce un contrôle global et effectif sur le nord de Chypre, sa responsabilité ne

239. Textuellement: «Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet Etat.»

240. Affaire de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, paragraphe 400.

241. Chambre d'appel, *Tadic*, arrêt du 15 juillet 1999, IT-94-1-A, paragraphes 131 et 137, et aussi *Delalic et al.*, arrêt du 20 février 2001, IT 96-21, paragraphe 26.

peut se circonscrire aux actes commis par ses soldats ou fonctionnaires dans cette zone, mais s'étend également aux actes de l'administration locale qui survit grâce à son soutien militaire ou autre.

179. A cet égard, on peut évoquer des situations de conflit potentielles au regard de la Convention en ce qui concerne la privatisation des prisons, des centres de rétention pour immigrés et des services d'escorte pour l'éloignement et l'expulsion des immigrés ainsi que le recours à des sociétés privées à vocation militaire ou sécuritaire en Afghanistan et en Irak.

Le Principe opérationnel n° 4 (des Principes directeurs des Nations Unies) souligne à ce propos que :

«Lorsque les Etats détiennent ou contrôlent des entreprises, ils disposent de plus de moyens pour veiller à ce que les politiques, lois et règlements pertinents relatifs au respect des droits de l'homme soient mis en œuvre. La direction générale rend généralement compte de son activité auprès des établissements publics et les ministères connexes ont plus de latitude pour surveiller et contrôler, et notamment pour assurer la mise en œuvre d'une diligence raisonnable effective en matière de droits de l'homme... Plusieurs organismes reliés officiellement ou non à l'Etat peuvent apporter un soutien ou des services aux entreprises. Il peut s'agir d'organismes de crédit à l'exportation, d'organismes officiels d'assurance ou de garantie des investissements, d'organismes de développement et d'institutions de financement du développement. Lorsque ces institutions ne tiennent pas expressément compte des incidences négatives effectives ou potentielles des entreprises bénéficiaires sur les droits de l'homme, elles s'exposent – quant à leur réputation, et du point de vue financier, politique voire même, potentiellement, du point de vue juridique – au risque de cautionner ces atteintes et elles peuvent contribuer aux problèmes auxquels l'Etat destinataire se heurte dans le domaine des droits de l'homme.»

Au vu de ces risques, les Etats devraient encourager et, le cas échéant, exiger une diligence raisonnable en matière de droits de l'homme de la part des organismes eux-mêmes et des entreprises ou des projets qui reçoivent leur soutien.

180. La conclusion de M. Ruggie sur ce point ne va donc pas vraiment dans le sens d'une «responsabilité internationale», mais affirme plutôt que la conséquence doit être mesurée sur le plan de la *due diligence*,

plus stricte et exigée par l'Etat de siège de la STN. C'est donc de l'*accountability*.

- iii) *La société qui exerce en fait des prérogatives de puissance publique en cas d'absence ou de carence des autorités officielles (art. 9)*

181. L'article 9 des Articles CDI prévoit que :

«Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes exerce en fait des prérogatives de puissance publique en cas d'absence ou de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui requièrent l'exercice de ces prérogatives.»

Dans son commentaire officiel de l'article 9, la CDI observe que :

«Ces hypothèses ne surviennent que dans des circonstances exceptionnelles, telles qu'une révolution, un conflit armé ou une occupation étrangère au cours desquels les autorités régulières sont dissoutes, disparaissent, ont été supprimées ou sont temporairement inopérantes.»

182. Ici, un précédent important est l'affaire *Yeager c. République islamique d'Iran* tranché par le tribunal des réclamations Iran-Etats-Unis²⁴². Ici, – même si référence est faite à l'article 8 du Projet d'articles adopté en 1980 – on a constaté l'imputabilité à l'Iran des actes de certains individus qui exerçaient des fonctions de contrôle de l'immigration et de douanes à l'aéroport de Téhéran après la révolution de 1979.

183. A son tour, la Cour européenne des droits de l'homme a partiellement élaboré cette notion dans l'affaire *Ilascu et al. c. Moldavie et Russie* du 8 juillet 2004²⁴³. La Cour, en Grande Chambre, a observé

242. USCTR, vol. 17, 1987, p. 103.

243. Les faits dans cette affaire sont fort intéressants. En juin 1992, les requérants furent arrêtés à leur domicile à Tiraspol par des personnes portant des uniformes de la 14^e armée de l'ancienne Union des républiques socialistes soviétiques (l'«URSS»). Ils furent accusés d'activités antisoviétiques et de lutte illégale contre le gouvernement légitime de l'Etat de Transnistrie, ainsi que d'un certain nombre d'infractions pénales, dont deux chefs de meurtre. En décembre 1993, la soi-disant «Cour Suprême de la région de Transnistrie» condamna le premier requérant à la peine de mort et à la confiscation de ses biens et les autres requérants à des peines d'emprisonnement d'une durée de douze à quinze ans et à la confiscation de leurs biens.

que, même si pendant le conflit moldave, en 1991-1992, des forces de la 14^e armée de l'URSS avaient stationné en Transnistrie, après l'accord de cessez-le-feu du 21 juillet 1992, les autorités russes avaient continué à soutenir militairement, politiquement et économiquement le régime séparatiste. Attendu que tant avant qu'après le 5 mai 1998, la Transnistrie se trouvait sous l'autorité effective, ou tout au moins sous l'influence décisive de la Russie, il s'ensuit qu'il existait un lien continu et ininterrompu de responsabilité de la part de la Russie quant au sort des requérants. Ces derniers relevaient donc de la juridiction de la Russie, dont la responsabilité était engagée en raison des faits dénoncés.

iv) *La société dont le comportement est adopté par l'Etat comme sien (art. 11)*

184. L'Etat d'origine peut être tenu pour responsable du comportement d'une société privée si les conditions de l'article 11 des Articles CDI sont réunies :

« Un comportement qui n'est pas attribuable à l'Etat selon les articles précédents est néanmoins considéré comme un fait de cet Etat d'après le droit international si, et dans la mesure où, cet Etat reconnaît et adopte ledit comportement comme sien. »

Il s'agit de l'endossement *a posteriori* par l'Etat d'un comportement tenu par un acteur non étatique²⁴⁴. Ce cas d'espèce est intéressant dans la mesure où, ici, un Etat ne fait pas preuve de la diligence voulue, la *due diligence*, pour prévenir ou pour réprimer, conformément à ses obligations internationales, des comportements de personnes privées.

185. Donc l'Etat ne participe pas directement à la commission de l'acte internationalement illicite : celui-ci est accompli par un tiers.

Le cas d'école reste l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*²⁴⁵. Dans cette affaire la CIJ a soigneusement distingué deux temps dans l'attaque et l'occupation de l'ambassade des Etats-Unis à Téhéran.

Dans un premier temps, il est évident que les militants qui ont attaqué l'ambassade n'avaient pas le statut d'agents de l'Etat, que ce soit *de jure* ou *de facto*.

244. R. Ago, *Quatrième rapport*, p. 110.

245. CIJ, *Etats-Unis c. Iran*, arrêt du 24 mai 1980, *CIJ Recueil 1980*, p. 3.

Leurs actes ne sont donc pas imputables à l'Iran²⁴⁶. En revanche, l'Iran est responsable pour son comportement en relation avec ses actes, comportement qui était incompatible avec ses obligations internationales découlant de diverses dispositions des Conventions de Vienne de 1961 et de 1963 sur les relations diplomatiques et consulaires. L'omission de l'Iran, en effet, consiste à n'avoir pas pris les mesures adéquates pour protéger les locaux, le personnel et les archives de la mission des Etats-Unis contre l'attaque des militants. En outre, l'Iran n'a rien fait non plus pour prévenir cette attaque ou l'empêcher d'aboutir.

Dans un deuxième temps, l'Iran endosse les actes des « étudiants » et la CIJ en tire la conclusion suivant laquelle la politique de l'occupation de l'ambassade des Etats-Unis ainsi que la détention des otages pour faire pression sur le gouvernement des Etats-Unis,

« a eu pour effet de transformer radicalement la nature juridique de la situation créée par l'occupation de l'ambassade et la détention du personnel diplomatique et consulaire en otages. L'Ayatollah Khomeiny et d'autres organes de l'Etat iranien ayant approuvé ces faits et décidé de les perpétuer, l'occupation continue de l'ambassade et la détention persistante des otages ont pris le caractère d'actes dudit Etat. Les militants, auteurs de l'invasion et géôliers des otages, sont alors devenus des agents de l'Etat iranien dont les actes engagent sa responsabilité internationale ».

186. Une autre question est celle de la portée matérielle de l'attribution. Etant entendu que dans ce cas d'espèce la règle de responsabilité s'applique de façon rétroactive, il se peut qu'un Etat puisse vouloir n'assumer qu'une partie de ce fait, à défaut de la totalité. C'est pourquoi l'article 11 utilise les mots « si, et dans la mesure où ». Mais il est clair que ce cas d'espèce est de nature très exceptionnelle.

*B. Au-delà de l'Etat : la protection des droits de l'homme
par quelques organisations internationales*

187. Les Principes directeurs des Nations Unies n'ont pas été spécialement conçus pour être appliqués aux organisations internationales. Ils envisagent un monde très simple où il y a les Etats et les sociétés commerciales et où, par exemple, les spécificités d'une organisation internationale comme l'UE – siège de maintes STN – ne sont pas traitées.

246. CIJ, arrêt du 24 mai 1980, *CIJ Recueil 1980*, p. 29, paragraphe 58.

Or il n'en est rien. Deux exemples d'organisations internationales, celui de l'UE et des institutions financières internationales, suffisent à montrer le potentiel d'application des Principes directeurs au-delà des Etats et des entreprises.

*1. L'Union européenne et le plan d'action du Conseil
pour la période 2015-2019*

188. L'Union européenne est une organisation internationale dotée de pouvoirs exceptionnels si on la compare avec d'autres organisations intergouvernementales²⁴⁷.

S'agissant de la première puissance économique du monde, l'UE est déterminée à soutenir la démocratie et les droits humains dans ses relations extérieures, conformément à ses principes fondateurs de liberté, de démocratie, de respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et de l'état de droit²⁴⁸.

189. L'UE cherche à intégrer les questions des droits de l'homme dans tous ses programmes et politiques, et elle dispose de divers instruments juridiques pour des actions ciblées, y compris le financement de projets spécifiques grâce au dispositif financier européen.

En 2012, le Conseil européen a adopté un cadre stratégique sur les droits de l'homme et la démocratie, assorti d'un « plan d'action » pour mettre en œuvre ce cadre.

Le cadre définit les principes, les objectifs et les priorités permettant d'améliorer l'efficacité et la cohérence de la politique de l'Union européenne sur une période de dix années. Ces principes prévoient notamment d'intégrer les droits de l'homme dans toutes les politiques de l'Union – en tant que « fil rouge » –, y compris lorsque les politiques intérieures et extérieures se chevauchent, et d'adopter une approche mieux adaptée.

190. Un nouveau plan d'action pour la période 2015-2019, fondé sur l'évaluation du premier plan a été adopté en juillet 2015.

Le point 18 de ce plan montre que l'UE veut « Progresser en ce qui concerne les entreprises et les droits de l'homme » afin de :

247. Voir par exemple J.-P. Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2015, qui parle d'une organisation internationale *sui generis*.

248. Voir notamment les articles 2, 3, 6 et 21 TUE ainsi que l'article 205 TFUE. Voir F. Marrella, « The UN Guiding Principles on Business and Human Rights. A Challenge for the European Union or Only for Its Member States? Towards a EU National Action Plan », dans *Mélanges en l'honneur de Stelios Perrakis*, Intersentia, I. Sideris Publ., en cours de publication.

«Développer les capacités et les connaissances pour ce qui est de la mise en œuvre des orientations ayant trait aux entreprises et aux droits de l'homme, en particulier en ce qui concerne les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme et les autres outils/initiatives contribuant à la mise en œuvre desdits principes ; renforcer le rôle et l'expertise des délégations de l'UE et des ambassades des Etats membres dans ce contexte ; faire mieux connaître les principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme et la responsabilité sociale des entreprises dans le cadre de l'action extérieure et du dialogue politique avec les gouvernements des pays partenaires et les organisations régionales ; promouvoir l'adoption de plans d'action nationaux (PAN) par les pays partenaires ; collaborer de manière proactive avec les entreprises, la société civile et les INDH sur les questions relatives aux entreprises et aux droits de l'homme.»

Le nouveau plan traite expressément de l'application des Principes directeurs des Nations Unies, tant comme outil pour évaluer et renforcer la cohérence de l'action externe de l'Union (*a*) que comme instrument de gestion du marché intérieur dans le respect des principes de subsidiarité et proportionnalité vis-à-vis des Etats membres. C'est pourquoi l'appui à la RSE paraît un instrument utile (*b*).

a) La recherche de la cohérence externe

191. Désormais, l'Union européenne intègre régulièrement les droits humains dans les dialogues politiques menés avec des pays tiers ou des organisations régionales. En outre, la quasi-totalité des soixante-dix-neuf Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (ACP) ont un dialogue thématique avec l'UE sur la base de l'article 8 de l'Accord de Cotonou, qui dispose que le dialogue politique devrait comprendre «une évaluation régulière des évolutions relatives au respect des droits de l'homme».

La politique commerciale commune de l'Union est donc tournée vers la promotion des droits de l'homme et s'agissant d'une compétence exclusive, on peut bien comprendre ses effets et son importance à la lumière des Principes directeurs des Nations Unies concernant la «responsabilité de protéger».

Certes, les démarches diplomatiques restent confidentielles et les déclarations sont publiques. Néanmoins il s'agit d'un important instrument de pression diplomatique dans les relations internationales²⁴⁹.

192. En effet, les accords commerciaux bilatéraux et les différents accords d'association et de coopération conclus entre l'UE et des pays tiers ou des organisations régionales comportent, en tant qu'élément «essentiel», une clause sur les droits de l'homme. En cas de non-respect de cette clause, différentes mesures – telles que la réduction ou la suspension de la coopération y compris l'aide financière – sont prévues. Une approche «plus pour plus» (plus d'intégration et d'argent en échange de plus de réformes) a été intégrée dans la politique européenne de voisinage renouvelée. Des incitations aux réformes sont présentes dans les préférences commerciales octroyées par l'UE aux pays en développement (SPG+).

193. L'UE favorise également les droits humains par sa participation à des instances multilatérales telles que la troisième commission de l'Assemblée générale des Nations Unies, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) et le Conseil de l'Europe.

194. S'agissant des nouvelles compétences exclusives en matière d'investissement, le Plan d'action pour la période 2015-2019 du Conseil de l'Union prévoit, à son point 25.c que :

«S'agissant des Etats membres de l'UE, s'efforcer d'inclure dans les traités bilatéraux d'investissement (TBI), nouveaux ou révisés, qu'ils négocieront à l'avenir avec des pays tiers, des dispositions relatives au respect et à l'exercice des droits de l'homme, y compris des dispositions sur la RSE, dans la lignée de celles qui figurent dans des accords négociés au niveau de l'UE.»

195. Un rapport annuel sur les droits de l'homme préparé par la haute représentante de l'Union européenne pour les affaires étrangères et la politique de sécurité et adopté par le Conseil donne une vue d'ensemble de la situation des droits de l'homme dans le monde ainsi que des actions de l'Union européenne pendant l'année. La cohérence s'en trouve largement améliorée et les Principes directeurs des Nations Unies se trouvent respectés.

249. Voir par exemple T. Cottier, J. Pauwelyn et E. Bürgi Bonanomi (dir. publ.), *Human Rights and International Trade*, Oxford, Oxford University Press, 2005 ; L. Bartels, *Trade and Human Rights*, Max Planck Enc. Int. Law.

b) *La recherche de la cohérence interne par le support à la RSE*

196. Le Plan d'action pour la période 2015-2019 du Conseil de l'Union prévoit, à son point 18.b de :

«Faire en sorte qu'une place importante soit accordée aux questions relatives aux entreprises (RSE) et aux droits de l'homme dans la stratégie globale de l'UE en matière de responsabilité sociale des entreprises, y compris les priorités pour la mise en œuvre effective des Principes directeurs des Nations Unies.»

En effet, l'Union a toujours encouragé les bonnes pratiques de RSE (responsabilité sociale de l'entreprise).

197. Depuis le Sommet européen de Nice, en 2000, la Commission fut invitée à associer les entreprises à un partenariat réunissant les partenaires sociaux, les ONG, les autorités locales et les organismes gestionnaires des services sociaux afin de renforcer leur responsabilité sociale.

En février 2003, suite au Livre vert de la Commission, le Conseil adopte une résolution sur la responsabilité sociale des entreprises et l'Italie décide d'en faire l'une des priorités de sa présidence en juin 2003. Puis dans les lignes directrices intégrées pour la croissance et l'emploi (2005-2008), il recommande aux Etats membres d'«inciter les entreprises à développer leur responsabilité sociale». Plus récemment, en 2009, la Présidence suédoise a appelé l'Union et les Etats membres à devenir *leaders* en matière de RSE. Dans la déclaration adoptée à cette occasion, le Conseil préconise de travailler sur des cadres communs explicitant le devoir de protection des Etats, assurant le respect des droits de l'homme par le monde des affaires et des sanctions en cas de violation. La Présidence espagnole a poursuivi dans la même voie et s'est attachée lors de la conférence des 25 et 26 mars 2010, à Palma de Majorque, à examiner les résultats du processus de dialogue permanent et multilatéral avec l'objectif d'adopter des politiques publiques sources de RSE.

198. Le Parlement européen, de son côté, a pris l'initiative de se saisir de la RSE à plusieurs reprises depuis janvier 1999, lors du vote de la résolution «Critères européens applicables aux entreprises européennes opérant dans les pays en voie de développement (PVD) : vers un code de conduite européen» demandant à la Commission de fixer un cadre européen régissant les opérations des entreprises à l'échelle mondiale, d'assortir ce code de conduite d'un mécanisme de

surveillance indépendant et impartial accepté à l'échelon international et de permettre à la Commission de veiller à ce que les entreprises agissent en conformité avec le traité de l'UE pour ce qui est du respect des droits fondamentaux; cette résolution demande également la création d'un organe de contrôle et l'intégration en droit des sociétés de normes sur les droits de l'homme, le travail et l'environnement. Ensuite, en mars 2001, le Parlement adopte, avec le Conseil, un règlement permettant la participation volontaire des « organisations » (une entreprise, une autorité ou une institution de droit public ou privé) à un système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS); celui-ci vise à promouvoir une amélioration continue des résultats environnementaux de toutes les « organisations » européennes, ainsi que l'information du public et des parties intéressées.

En mai 2003, le Parlement vote la résolution « Une contribution des entreprises au développement durable » et, en 2007, adopte la résolution « La responsabilité sociale des entreprises : un nouveau partenariat » qui plaide notamment pour une directive européenne liant les entreprises à des règles les tenant pour responsables en cas de violation de ces mêmes règles et propose de publier des rapports sur les performances des entreprises en matière de RSE. L'objectif est d'améliorer la responsabilité des entreprises sur le marché, en lien avec les choix du consommateur, et le Parlement invite la Commission à proposer des règles en matière de critères et résultats de RSE et à rationaliser la prolifération incontrôlable des instruments de RSE qui rendent le contexte actuel en la matière « impénétrable » pour les consommateurs. En mars 2009, le Parlement adopte une résolution sur la responsabilité sociale des entreprises sous-traitantes dans les chaînes de production et poursuit avec des résolutions et des débats sur la question des liens entre commerce et normes sociales et environnementales. Il suffit de rappeler la résolution sur « l'ouverture et la démocratie dans le commerce international », qui demande notamment le respect des normes sociales fondamentales de l'OIT par l'OMC, ainsi que l'acceptation par l'OMC des décisions de l'OIT, y compris d'éventuels appels à sanctions, liées à des violations graves des normes sociales fondamentales; la reconnaissance d'un statut d'observateur pour l'OIT et les agences environnementales au sein de l'OMC. Ou encore, faut-il mentionner la résolution « promouvoir un travail décent pour tous », sur l'inclusion de normes sociales, au titre de la promotion du travail décent, dans les accords commerciaux de l'UE, en particulier les accords bilatéraux.

2. *Les institutions financières internationales*

199. Parmi les institutions financières internationales, qui sont des sujets de droit international, il faut considérer brièvement le Groupe de la Banque mondiale, le Fonds monétaire international (FMI) et les banques régionales de développement.

La Déclaration du millénaire de l'ONU a affirmé l'engagement des Etats à mettre en place un système commercial et financier multilatéral ouvert, équitable, fondé sur le droit, prévisible et non discriminatoire²⁵⁰.

Les institutions financières internationales jouent un rôle essentiel à cet égard. Elles ont une influence significative sur les politiques de développement, notamment dans les domaines du commerce, de l'aide, des finances, du transfert de technologie et de la dette, dont un grand nombre sont de plus en plus hors du contrôle des gouvernements.

a) *La « responsabilité de protéger »*

200. Le Cadre de durabilité de la Société financière internationale (SFI) et ses normes de rendement contiennent une référence explicite à l'obligation des entreprises de respecter les droits de l'homme, ainsi qu'à la responsabilité de la Société financière internationale de surveiller les procédures de diligence raisonnable. Ces mécanismes appellent les entreprises à être responsables en matière de droits de l'homme et d'impact des objectifs du millénaire pour le développement, et peuvent les encourager à être redevables aux personnes dont elles affectent la vie. Le Programme de développement durable à l'horizon 2030 veut, désormais, « transformer notre monde »²⁵¹.

201. En plus de financer des projets et des prêts concessionnels, elles exercent une influence par le biais de la recherche, de la sensibilisation et des conseils stratégiques, ainsi que par la fixation de normes et de règles internationales. Les fonds et programmes de développement des Nations Unies contribuent moins aux efforts nationaux de développement en termes financiers, mais les obligations des Nations Unies en matière de droits de l'homme ne sont pas moins importantes.

202. Les institutions financières internationales (IFI) ont contribué de manière significative, bien qu'indirecte dans la plupart des cas, aux efforts déployés par de nombreux gouvernements pour s'acquitter de leurs obligations en matière de droits humains. Cependant, des effets

250. A/RES/55/2, paragraphe 13.

251. A/69/L.85 du 12 août 2015.

négatifs sur les droits de l'homme ont également été reportés. Les grands barrages, les industries extractives, les frais d'utilisation des services de base, le ciblage de l'inflation et le plafonnement de la masse salariale ont servi de paratonnerres pour la critique des droits de l'homme dans de nombreux pays, dans le contexte d'une réaction plus étendue de la société civile contre l'ajustement structurel et les politiques dites du « Consensus de Washington ». Les protections rigides des droits de propriété intellectuelle ont limité l'accès aux traitements vitaux contre le VIH. Les règles de l'Organisation mondiale du commerce sur les échanges dans l'agriculture ont contraint les gouvernements à investir dans les droits à la santé et à la nourriture et à les soutenir ²⁵².

Dans la crise économique mondiale actuelle, le FMI a fait pression sur les gouvernements pour qu'ils adoptent des politiques d'austérité budgétaire afin de réduire leurs déficits publics, même si celles-ci affectent de manière disproportionnée les personnes déjà défavorisées. Dans certains cas, les politiques des IFI ont été contestées au motif qu'elles peuvent être considérées comme rétrogrades en vertu de la législation sur les droits de l'homme.

b) *Les outils*

203. Certaines IFI ont fait valoir qu'en raison de leur constitution ou de leur statut, elles ne peuvent pas être directement responsables en matière de droits de l'homme, à la différence des Etats qui les gèrent. Cette lecture est de plus en plus remise en question.

Par exemple, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, qui passe en revue la mise en œuvre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, a conclu que le Pacte impose des obligations à ses Etats parties en tant que membres d'institutions financières internationales, et avance de solides arguments établissant que les IFI sont liées par les règles générales du cadre international des droits de l'homme ²⁵³.

252. Selon le rapporteur spécial des Nations Unies sur le droit à l'alimentation « les efforts actuels pour constituer des réserves alimentaires humanitaires en Afrique doivent discrètement contourner le règlement de l'OMC. C'est le monde à l'envers. Les règles de l'OMC devraient tourner autour du droit de l'homme à une alimentation adéquate, et non l'inverse ». Voir O. De Schutter, *L'Organisation mondiale du commerce et l'Agenda sur la crise mondiale de la sécurité alimentaire – Placer la sécurité alimentaire au sommet du système commercial international*, note d'information n° 4, novembre 2011, disponible à l'adresse www.srfood.org/images/stories/pdf/otherdocuments/20111116_briefing_note_04_fr.pdf.

253. Cf. les essais dans *Ethique globale, bonne gouvernance et droit international économique*, M. Vellano et L. Manderieux (dir. publ.), Turin, Giappichelli, 2017;

204. S'il y a des désaccords légitimes entre les experts juridiques sur l'étendue de ces obligations, l'obligation générale de « ne pas nuire » et d'éviter de causer ou de contribuer à des violations est une exigence minimale généralement admise. Mais ici, la notion de redevance, d'« *accountability* » peut aider à mieux placer ces rapports ²⁵⁴.

En principe, les IFI sont soumises à deux niveaux distincts de responsabilité à l'égard de la politique de développement. L'un est interne, l'autre externe. Chacun est associé à une forme d'action préventive ou corrective (judiciaire, financière, politique ou administrative) ²⁵⁵.

205. Au niveau interne, ces institutions doivent rendre des comptes à leurs membres, et dans une certaine mesure aux individus dans les pays emprunteurs, en vertu de leurs règles et principes de gouvernance, dont la plupart prévoient un examen indépendant des politiques et des mécanismes de plainte. Le contrôle politique est un mécanisme d'examen important mais souvent sous-utilisé. Dans de nombreux pays, les assemblées législatives et les parlements nationaux examinent périodiquement les positions adoptées par le gouvernement au sein des instances dirigeantes des institutions financières internationales. La Banque européenne pour la reconstruction et le développement et la Banque de développement du Conseil de l'Europe ont la particularité d'avoir des mandats explicites en matière de droits de l'homme ²⁵⁶.

En vertu des principes et normes en matière sociale et environnementale qu'elle a adoptés en 2009, la Banque européenne d'invest-

L. Boy, J. B. Racine et F. Siirainen, *Droit économique et droits de l'homme*, op. cit. ; F. Coomans, « Application of the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights in the Framework of International Organizations », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 11, A. von Bogdandy et R. Wolfrum (dir. publ.), Leiden, Pays-Bas, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 359-390.

254. P. Newell et S. Bellour, « Mapping Accountability: Origins, Contexts and Implications for Development », IDS Working Papers, n° 168, Brighton: Institute of Development Studies, 2002 ; A. Schedler, « Conceptualizing Accountability », dans *The Self Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, A. Schedler, L. Diamond et M. F. Plattner (dir. publ.), Boulder, Colorado, 1999. OCDE, « Projet d'orientations et de principes relatifs à la coopération pour le développement, la redevabilité et la gouvernance démocratique », document DCD/DAC (2012) 28, 29 juin 2012.

255. Voir le rapport final de la Conférence de Berlin de 2004 du Comité international sur la responsabilité des organisations internationales (1996-2004) de l'Association de droit international, disponible à l'adresse www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/9.

256. Voir l'article 1 de l'accord portant création de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement, disponible à l'adresse www.ebrd.com/downloads/research/guides/basicsfr.pdf.

tissement «ne finance que des projets qui respectent les droits humains»²⁵⁷.

206. Le Groupe d'évaluation indépendant de la Banque mondiale (qui évalue les performances du programme), son Panel d'inspection (un des mécanismes de recours indépendants), le Conseiller-médiateur de la SFI, le Bureau indépendant d'évaluation du FMI et les mécanismes de reddition de comptes internes des banques régionales de développement visent généralement à promouvoir le respect par les différentes institutions des objectifs organisationnels et des politiques opérationnelles. Certains de ces mécanismes peuvent offrir des voies de recours administratives en cas de violation des directives internes et peuvent effectivement augmenter la réactivité globale – et parfois l'obligation redditionnelle – des institutions financières internationales en ce qui concerne leur impact sur le développement et les droits de l'homme. Cependant, peu appliquent des normes internationales relatives aux droits de l'homme pour évaluer le comportement, et les normes internes sont rarement entièrement conformes avec les normes et principes des droits de l'homme, que ce soit en termes de procédure ou en substance²⁵⁸.

207. Le Fonds monétaire international, en particulier, a longtemps résisté à l'établissement d'un service de médiation indépendant ou d'un mécanisme de plaintes, allant ainsi à contre-courant de la demande du public.

208. L'élément manquant le plus évident dans le contexte de la responsabilisation des IFI est la mise en application. La réparation par le biais de procédures judiciaires formelles n'est théoriquement possible que lorsque des programmes appuyés par les IFI ont clairement causé ou contribué à des violations des droits de l'homme. Des tentatives ont été menées de tenir les IFI directement responsables des violations des droits de l'homme à travers une action en justice²⁵⁹. Bien qu'une

257. Voir la Déclaration des principes et normes adoptée par la Banque européenne d'investissement (BEI) en matière sociale et environnementale, disponible à l'adresse www.eib.org/attachments/strategies/eib_statement_esps_fr.pdf, paragraphe 46.

258. Pour les droits des peuples indigènes, voir par exemple Fergus Mackay, «Universal Rights or a Universe unto Itself? Indigenous Peoples' Human Rights and the World Bank's Draft Operational Policy 4.10 on Indigenous Peoples», dans *American University International Law Review*, vol. 17, n° 3, 2002, p. 527-624.

259. Par exemple, un appel a été lancé en 2012 («*Sobrevivientes de la Comunidad de Río Negro y otras comunidades similares en Guatemala*», p. 894-04) par la *Global Initiative for Economic, Social and Cultural Rights, Rights Action et l'International Human Rights Clinic at Western New England University School of Law*, au nom des survivants de la communauté du Río Negro et des autres communautés touchées par le barrage sur la rivière Chixoy (Guatemala).

telle mesure ait été considérée comme revêtant une importance symbolique considérable, les difficultés d'ordre pratique, juridique et probatoire inhérentes aux actions en justice de ce genre sont importantes et les perspectives d'issue rapide et efficace sont limitées. Les seuls mécanismes de reddition de comptes mondiaux qui ont un pouvoir exécutoire sont ceux qui examinent la discipline fiscale et monétaire (convoyeur des évaluations de surveillance du FMI), garantissent des règles de libre-échange (organe de règlement des différends de l'OMC), et protègent les entreprises privées dans les différends relatifs aux investissements (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements de la Banque mondiale). Compte tenu des incitations concrètes dont disposent ces mécanismes de mise en œuvre, qui peuvent imposer des pénalités financières sévères, il n'est pas surprenant qu'en cas de conflit, de nombreux gouvernements aient tendance à répondre en premier à ces organes plutôt qu'aux revendications de leurs populations en matière de droits de l'homme.

CHAPITRE II

LA «RESPONSABILITÉ» INCOMBANT AUX ENTREPRISES TRANSNATIONALES DE RESPECTER LES DROITS DE L'HOMME

209. Les activités commerciales influencent tout l'éventail des droits de l'homme, dans tous les pays du monde, dans tous les systèmes politiques et économiques, et dans tous les secteurs économiques. Le secteur privé façonne de plus en plus la structure des économies nationales. Il peut contribuer à la mobilisation des ressources pour le développement, à la protection des normes du travail, aux efforts contre la corruption et le travail des enfants, à la direction de la croissance économique, au développement des infrastructures de production, à l'accès aux services publics et au crédit, à toutes les formes d'égalité, à la transparence et à l'accès à l'information, aux réformes démocratiques et à la participation du public et à la responsabilisation dans l'élaboration des politiques. A l'échelle mondiale aussi, les investisseurs et les entreprises exercent une influence considérable sur les prix du carburant et des produits alimentaires, sur la prestation et la qualité des services, sur l'accès au logement et au crédit, sur les coûts d'emprunt des gouvernements et les niveaux de dette souveraine, ou encore sur la stabilité de l'économie mondiale.

210. Cette influence peut être favorable, par exemple sous forme d'innovations ou de prestations de services pouvant améliorer le niveau de vie ou d'emploi de la population dans le monde.

211. Elle peut être aussi néfaste, par exemple lorsque les activités des entreprises détruisent les moyens d'existence d'une population, exploitent les travailleurs, déplacent des populations : bref lorsqu'elles réalisent directement des violations massives des droits de l'homme²⁶⁰. Ce sont, souvent, des violations à grande échelle des droits de l'homme commises contre les populations autochtones découlant des opérations des entreprises de l'industrie extractive. Shell dans le delta du Niger ou Chevron en Amazonie équatorienne, ne sont que deux exemples

260. Voir par exemple P. Laget, *La liste noire des multinationales*, Paris, L'harmattan, 2013, pour maints exemples.

parmi tant de cas dénoncés et portés devant les mécanismes de responsabilisation en matière de droits de l'homme²⁶¹.

212. Les sociétés commerciales peuvent aussi être complices de violations des droits de l'homme commises par d'autres acteurs, y compris l'Etat territorial, par exemple si elles s'allient avec les forces de sécurité pour réprimer violemment des mouvements de protestation ou lorsqu'elles fournissent aux autorités des informations sur leurs clients dont l'Etat va se servir afin de pourchasser et de châtier des dissidents.

213. A ce propos – et ce n'est pas un hasard ! –, la Déclaration universelle des droits de l'homme invite « tous les organes » de la société à contribuer à garantir l'exercice des droits de l'homme pour tous.

214. La Déclaration du millénaire a explicitement appelé à des partenariats solides avec le secteur privé en appui au développement et à l'éradication de la pauvreté et, en 2010, les Etats membres ont réitéré lors de la réunion plénière de haut niveau de l'Assemblée générale leur engagement en faveur de partenariats public-privé pour la réduction de la pauvreté et invité les entreprises à « accroître [leur] contribution à l'effort de développement des pays »²⁶².

215. Les Principes directeurs, adoptés en 2011, permettent de concrétiser ce cadre juridique, en expliquant ce que l'on attend exactement des Etats et des entreprises.

Il s'agit d'une évolution de la « responsabilité sociale des entreprises » – *rectius* responsabilité sociétale des entreprises – un mécanisme selon lequel les entreprises assument la responsabilité de leurs actions, sont diligentes et assurent le respect des normes éthiques et des instruments internationaux de protection des droits de l'homme. Avec l'adoption des Principes directeurs des Nations Unies pour la mise en œuvre du cadre de référence « Protéger, respecter et réparer » par le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, le 16 juin 2011, le sujet a pris un nouvel élan au sein des forums internationaux.

261. En ce qui concerne la responsabilité des Etats en matière de violations commises par des entreprises dans le delta du Niger, voir la décision 155/66 de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples dans l'affaire *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) et Center for Economic and Social Rights (CESR) c. Nigeria*, 21 octobre 2001, disponible à l'adresse www.achpr.org/communications/decision/155.96/. Au sujet de la responsabilité pour les violations commises par des entreprises en Amazonie équatorienne, voir CESR, *Rights Violations in the Ecuadorian Amazon: The Human Consequences of Oil Development*, mars 1994, disponible à l'adresse <https://cesr.rdsecure.org/article.php?id=1109>; et CESR, *Local Justice in Ecuador Advances Global Struggle for Corporate Accountability*, mise à jour du 17 février 2011, disponible à l'adresse www.cesr.org/article.php?id=990.

262. Résolution 65/1 de l'Assemblée générale des Nations Unies, paragraphe 17.

A. *Une responsabilité très mal appréhendée
par le droit international interétatique*

216. D'autres figures de responsabilité très controversées dans la doctrine contemporaine se fondent sur l'idée qu'il faut considérer une société transnationale comme sujet de droit international.

1. *Personnalité « morale » et droit international public*

217. L'approche classique, que j'appellerais plutôt « romantique » – nostalgique du monde westphalien qui malheureusement n'est plus devant nos yeux – repose sur le constat qu'en dépit de la personnalité morale des sociétés transnationales, au regard du droit international « public » elles ne sont pas des sujets juridiques de droit international. On explique ce résultat en disant que si les STN ne sont pas directement soumises aux règles du droit international public, a fortiori elles ne peuvent pas ester en justice car, sauf de très rares exceptions – notamment du CIRDI – les tribunaux internationaux sont réservés aux Etats et, accessoirement, aux organisations internationales²⁶³. Par conséquent, il n'y a pas de responsabilité des sociétés transnationales fondée sur le droit international²⁶⁴. Ce qui permet leur *law shopping*, bien au-delà du *forum shopping* sur la planète.

218. Pour l'orthodoxie du droit international public on devrait proprement parler des sociétés transnationales (STN) dans le contexte de la protection diplomatique, le droit international des investissements étant encore considéré comme *corpus extraneus*. Notamment, grâce à cette institution classique, l'Etat d'origine d'une STN peut se substituer à ses ressortissants, personnes physiques ou morales, et faire valoir

263. Le dogme intellectuel, pour maints internationalistes contemporains, reste la Cour internationale de Justice, sur laquelle, voir, pour un bilan : L. Caflisch, « Cent ans de règlement pacifique des différends », *Recueil des cours*, tome 288 (2001), p. 245-467, plus spécialement p. 355 ss. Cf. toutefois, T. Treves, *Le controversie internazionali. Nuove tendenze*, Milan, 1999 ainsi que A. Del Vecchio, *I tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, Bari, Cacucci, 2015.

264. Voir, parmi d'autres, les critiques de P. Alston (dir. publ.), *Non State Actors and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005 ; M. T. Kamminga et S. Zia-Zarifi (dir. publ.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, La Haye, Kluwer, 2000 ; D. Weissbrodt et M. Kruger, « Norms on the Responsibilities of the Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights », *AJIL*, 2003, p. 901-922 ; E. Decaux, « La responsabilité des sociétés transnationales en matière de droits de l'homme », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2005, p. 789-798 ; J. Zerk, *Multinationals and Corporate Social Responsibility: Limitations and Opportunities in International Law*, Cambridge, CUP, 2006.

leurs droits s'ils sont bafoués par un autre Etat²⁶⁵. C'est à ce titre que des litiges ont été portés parfois devant la Cour permanente de Justice internationale (CPJI) et ensuite devant la Cour internationale de Justice (CIJ), pourvu que l'Etat de nationalité de la STN ait décidé d'accorder sa protection²⁶⁶.

Ainsi, dans le passé les sociétés transnationales n'étaient que des objets du droit international, elles apparaissaient seulement comme les bénéficiaires éventuels de l'action de l'Etat national. En même temps, les sociétés vont tirer profit des conventions d'établissement, des traités de commerce conclus entre les Etats, voir des traités relatifs au règlement des différends internationaux.

219. Autrement dit – et c'est une tautologie évidente! – en droit international «public», les entreprises multinationales ne sont pas des sujets de ce droit car elles ne sont ni des Etats ni des organisations internationales au sens du droit international! N'ayant pas de personnalité juridique internationale, elles jouissent, *de jure et facto*, d'une immunité spéciale qui les protège contre toute mise en cause au niveau international. La responsabilité d'une entreprise multinationale ne pourra dès lors être mise en cause qu'au niveau national, soit dans son pays hôte, soit bien plus difficilement, dans son pays d'origine.

220. Dans ce cadre, si une société transnationale figure bien parmi les destinataires finaux de la règle internationale, la majorité de la doctrine continue à penser que l'appréhension des activités transnationales de ladite société par le droit international n'est généralement qu'indirecte, requérant la médiation du droit interne.

265. Par ailleurs, du point de vue juridique formel, on peut toujours trouver la nationalité d'une STN car une société a toujours une nationalité: soit celle de l'Etat d'origine de la société-mère, soit celle de l'Etat d'accueil de la filiale. Il n'y a pas de société «multi» nationale si l'on veut être rigoureux. Il n'y a qu'un groupe de sociétés contrôlé par une société-mère et des filiales auxquelles se rattachent des succursales, agences, etc.: F. Galgano et F. Marrella, *Diritto del commercio internazionale*, op. cit., p. 160 ss. Les sociétés «internationales» relèvent d'une autre logique et sont créées par traité ou, dans le contexte de l'UE, se fondent sur un règlement UE (comme la SE). V. Jaquet, P. Delebecque et S. Courmeloup, *Droit du commerce international*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2015, p. 149 ss.

266. Le modèle de protection diplomatique reste celui magistralement exposé par la CPJI dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* où l'on observe que «En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement en sa faveur l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet Etat fait, à vrai dire, valoir son propre droit, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international» (arrêt du 30 août 1924, *Série A n° 2*, p. 12). Pour une évaluation critique de cette approche voir, *inter multos*, E. Roucouas, «Facteurs privés et droit international public», *Recueil des cours*, tome 299 (2002), p. 9-419 ainsi que V. Lowe, «Corporations as International Actors and Law Makers», *IYIL*, 2004, p. 23-38.

221. Qu'il soit permis d'en douter car si les obligations et les responsabilités découlant des conventions interétatiques, en ce qui concerne le respect des droits de l'homme, incombent à l'Etat et à ses services et institutions, il s'ensuit que les entreprises ne devraient pas compromettre la capacité des Etats de s'acquitter de leurs obligations à l'égard des droits de l'homme au titre des traités qui sont en vigueur. On songe tout particulièrement au problème des *failed States*, ou encore dans des situations où l'entreprise transnationale arrive, dans un territoire donné, à se substituer à l'Etat même.

222. Il s'agit, selon nous, d'une obligation négative pesant sur l'entreprise et dont l'Etat territorial, comme les autres Etats parties à un traité de protection des droits de l'homme, sont créanciers. C'est une obligation négative découlant des principes généraux de droit au sens de l'article 38 du Statut de la CIJ, une source toujours méconnue du droit international, et expression des trois règles élémentaires de tout droit : «*honeste vivere, alterum non laedere et suum cuique tribuere*» dont la formule revient au grand juriste romain Ulpianus dans le *Digeste*²⁶⁷.

223. Tierce aux relations interétatiques, mais pas dans les relations transnationales, les STN sont pourtant très présentes car elles sont susceptibles d'être soumises à des droits et obligations et désormais elles possèdent la capacité d'entrer en litige, en matière économique, directement avec un Etat en tant que tel. Surtout en matière d'investissements, elles peuvent attirer un Etat devant une juridiction internationale (sous réserve du consentement donné par celui-ci sous une forme ou sous une autre)²⁶⁸ ; aussi en matière de droits de l'homme, dans le contexte de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) ils ont gagné un *locus standi* important comme on l'a dit et on va le voir par la suite.

224. Bref et sans réouvrir un débat ancien, on peut rappeler que la Cour internationale de Justice elle-même a admis que «*les sujets, dans*

267. *Digeste*, 1.1.10 «*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Iuris praecepta sunt haec : honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*».

268. Ph. Kahn, «*Les investissements internationaux, nouvelles donnes : un droit transnational de l'investissement*», dans P. Kahn et Th. Wälde (dir. publ.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 6 : «*c'est une date capitale dans l'évolution du droit des investissements internationaux car, par le canal d'un instrument relevant du droit international, des personnes privées, appartenant à la société civile, ont obtenu l'accès à égalité avec les Etats à une juridiction de statut international même s'il ne s'agit que d'une juridiction arbitrale*». Ch. Leben, «*La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements*», *Recueil des cours*, tome 302 (2003), p. 308.

un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature juridique et à l'étendue de leurs droits»²⁶⁹.

225. Ainsi, comme l'a magistralement exposé le professeur Dominique Carreau, à partir de la fin de la Seconde Guerre mondiale au siècle dernier, les entreprises ont

«progressivement fait craquer le moule traditionnel du droit international classique qui leur déniaient toute personnalité internationale. Ces entreprises, avec l'accord de nombreux Etats ... se sont appropriées une certaine «personnalité internationale». [Elles] ont conclu des contrats avec les Etats (*State contracts*) pour l'exploitation d'une richesse nationale locale, elles ont parfois signé de véritables accords avec eux pour régler certains échanges économiques (ainsi les accords «pétroliers» du début des années 1970 entre le cartel des sociétés pétrolières et les Etats exportateurs, ainsi que les accords d'autolimitation dans le domaine de l'acier entre les représentants des producteurs européens et japonais d'acier et le gouvernement américain)».

Bref, les personnes privées doivent être encadrées comme des sujets à compétences limitées dans l'ordre international d'aujourd'hui²⁷⁰.

226. Il suffirait d'admettre que les sociétés transnationales sont des sujets à compétence limitée du droit international pour en tirer la conséquence selon laquelle, s'ils ont des droits, ils ont aussi des devoirs et donc une *responsabilité internationale* comme celle dérivant des violations des droits de l'homme. Mais, on en est encore loin. S'il y a une tendance à reconnaître aux individus, et par extension aux sociétés, un nombre croissant de droits dans l'ordre international en même temps que de leur accorder des moyens plus importants pour les faire valoir à l'échelon international, cette tendance – tangible en droit international

269. Affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, *CIJ Recueil 1949*, p. 178.

270. D. Carreau et F. Marrella, *Droit international*, *op. cit.*, p. 439 ss. Voir aussi les conclusions de M. Mahiou (*Mahiou, op. cit.*, p. 269) :

« En effet, à partir du moment où les sociétés transnationales traitent directement avec des Etats et interviennent dans la mise en œuvre des politiques nationales de développement, il y a des implications fortes que le droit international ne peut ignorer et qui aboutissent à s'interroger sur leur statut. L'interrogation est encore plus évidente en droit international du développement, puisque celui-ci dénonce le formalisme excessif de l'approche classique et veut prendre en considération les réalités économiques et sociales. Or, les réalités montrent que les sociétés transnationales sont parfois plus présentes dans la vie internationale que les Etats ou les organisations internationales et qu'il y aurait un sérieux paradoxe à faire ce constat sans en tirer toutes les conséquences juridiques. »

économique²⁷¹ – n’a pas encore atteint le domaine du droit international pénal, où la responsabilité pénale des personnes morales est encore un tabou.

227. Malheureusement, l’arrêt du 22 mars 2013, de la Cour d’appel de Versailles est resté dans l’orthodoxie du droit international public, à l’avantage des STN. D’après la Cour :

«Or, la personnalité des entreprises transnationales n’est reconnue que de façon très limitée. Leur capacité internationale ne se trouve admise que dans le cadre d’actes conventionnels particuliers essentiellement d’ordre économique et en vue d’assurer à ces entreprises une protection dans le cadre de leur activité dans des pays à l’étranger vis-à-vis des Etats avec lesquels elles peuvent se trouver en litige (Convention de Washington 1965) ou dans des cas précis de responsabilité ex-environnementale (Convention de Bruxelles 1969, pollution par hydrocarbures ou pour activités dangereuses pour l’environnement, Convention de Lugano 1993).

En outre, les obligations doivent être formulées envers les sociétés. Les textes conventionnels dont il est invoqué la violation, ne forment des obligations qu’à l’encontre des Etats ainsi qu’il a été précédemment relevé ... Les sociétés intimées morales de droit privé qui ne sont pas signataires des conventions invoquées, ni destinataires des obligations qui les contiennent, ne sont pas, en conséquence, des sujets de droit international. Dépourvues de la personnalité internationale, elles ne peuvent se voir opposer les différentes normes dont se prévaut l’appelante. »²⁷²

228. Or, dans cette affaire, à l’encontre de cette situation, il est opposé l’existence d’une règle coutumière de droit international permettant de mettre en jeu la responsabilité des entreprises pour violation des droits de l’homme. On fait valoir l’affirmation du professeur Chemillier Gendreau, selon laquelle

«il existe une norme coutumière de droit international qui étend aux entreprises transnationales les obligations créées à la charge

271. F. Marrella, «L’individu en droit international économique», dans J.-M. Sorel (dir. publ.), *Le droit international économique à l’aube du XXI^e siècle. En hommage aux professeurs D. Carreau et P. Julliard*, Paris, Université Paris I Panthéon Sorbonne, Pedone, vol. 20, 2009, p. 191-238.

272. Cour d’appel, Versailles, 22 mars 2013, *Association France-Palestine Solidarité et Organisation de Libération de la Palestine c. Société Alstom Transport SA, Société Alstom SA et SA Veolia Transport*, n° 11/05331 ; note Tranchant, *RGDIP*, 2014, p. 192-212.

des Etats par les conventions internationales et qu'elle formule ainsi « les règles fondamentales du droit international s'appliquent aux entreprises privées notamment aux multinationales qui doivent répondre devant les juridictions nationales et internationales de leur responsabilité pour violation de ces règles ».

229. Mais les sociétés défenderesses ont contesté cette affirmation tout en soutenant qu'il n'y a pas une telle norme coutumière, ni que les sociétés transnationales seraient responsables de ne pas avoir respecté les normes relatives aux droits humains et les règles humanitaires. A leur tour elles appuient leur position sur l'avis rendu par le professeur Sur qui considère qu'une coutume internationale ne peut résulter que de la présence d'une pratique et de l'*opinio juris* des Etats. Cette pratique juridique des Etats exclut la personnalité juridique internationale des STN.

230. Ainsi, pour la Cour, il ressort que :

« Il n'est pas acquis que les termes « organes de la société » ou « groupement » mentionnés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 incluent les entreprises comme il est soutenu, l'interprétation de ces termes étant discutée.

Concernant le rôle des juridictions dans l'application de la responsabilité des entreprises. Il est invoqué l'application de cette notion par les juridictions. Il est en particulier cité des décisions américaines (*Filarga/Pena Irala – Sosa/Alvares Machain*) lesquelles ne sont pas significatives puisqu'elles font application d'un texte de loi interne (*Alien Torts Claim Act*) ou ont un aspect pénal (affaire *Saro WIWA/RoyalDutch*) ; la société a été poursuivie pour complicité dans le meurtre et la torture de plusieurs opposants à la junte militaire nigérienne.

Celles provenant de juridictions françaises ne sont pas plus pertinentes car elles sont intervenues dans un contexte pénal (affaire du gazoduc/employés de Total procédure ouverte sur constitution de parties civiles contre des employés de Total pour des crimes d'enlèvement et de séquestration terminée par une transaction) ou portent sur l'application de la CEDH sans lien évident avec les circonstances et les textes humanitaires invoqués.

Que de façon générale, s'il existe des avis favorables à la responsabilité des entreprises transnationales, il demeure qu'outre la présence d'une pratique générale le consentement des Etats à reconnaître la valeur de la règle comme principe à appliquer est un

élément prépondérant pour la formation d'une norme coutumière. Or, en l'occurrence, la seule réunion des différents éléments de *soft law* cités, ne permet pas de retenir que les conditions d'existence d'une règle coutumière consacrant la « responsabilité générale des entreprises transnationales pour violation des droits de l'homme » sont réunies ; étant observé qu'à l'occasion de la recherche d'une telle norme, une assimilation des notions de droit humanitaire et des droits de l'homme (atteinte à la personne humaine et à sa dignité) est effectuée.

En l'absence de preuve d'une telle règle coutumière, les normes internationales dont la violation est invoquée par l'OLP sont inopposables aux sociétés françaises Alstom, Alstom Transport et Veolia Transport. »

231. Bref, d'après cet arrêt et son modèle de raisonnement, le droit international public restant une affaire d'Etat, ils s'ensuit que, même en matière de protection des droits de l'homme, les sociétés transnationales sont soumises seulement à des obligations médiates, qui trouvent leur source dans une obligation internationale de l'Etat : ce ne sera alors que pour la violation d'une règle de droit national que la responsabilité d'une entreprise pourra être engagée. L'entreprise multinationale ne se voit pas reconnaître de personnalité juridique internationale et ne peut donc pas être, en règle générale, directement destinataire des droits et obligations émanant des conventions internationales. Les normes « glissent » sur elle, elles n'y ont pas de prise juridique. La théorie des biens publics mondiaux élaborée par les Nations Unies n'est pas touchée par ce dogme.

2. *Droit international humanitaire et responsabilité pénale des STN*

232. Le droit international humanitaire impose des obligations particulières aux acteurs qui participent à des situations de conflit armé, et certaines de ces obligations peuvent s'appliquer directement aux entreprises²⁷³. Les scénarios possibles fondés sur des allégations de complicité d'une entreprise ou d'autres formes de participation à des

273. Voir par exemple D. Thürer, « International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context », *Recueil des cours*, tome 338 (2008), p. 9 ss ; D. Momtaz, « Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux », *Recueil des cours*, tome 292 (2001), p. 9 ss.

crimes internationaux comprennent, par exemple, la traite de personnes, le financement d'un conflit armé ou le commerce d'armes illégales.

233. Aujourd'hui, comme dans le passé, les tribunaux pénaux internationaux ne reconnaissent pas la responsabilité pénale ni des sociétés commerciales *uti singuli*, ni, a fortiori, celle, *uti socii*, d'un groupe de sociétés. Par conséquent, les tribunaux pénaux internationaux ne sont pas habilités à constater la responsabilité pénale des entreprises transnationales. S'agissant du droit international pénal la réponse est encore la même que celle des glossateurs du Moyen Age, *societas delinquere non potest*.

234. Cela semble confirmé, *ex litteris*, par le Statut de la Cour pénale internationale (CPI) du 17 juillet 1998, comme par celui du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (1993) ainsi que du Tribunal pénal international pour le Rwanda (1994)²⁷⁴.

235. Il est, en effet, étonnant que la CPI, la première Cour pénale internationale permanente à être établie dans le but de mettre fin à l'impunité pour les auteurs des crimes les plus graves touchant la communauté internationale, limite la compétence de cette dernière aux personnes physiques (art. 25, par. 1 de son Statut)²⁷⁵. Il a été impossible de prévoir dans le statut de la CPI la possibilité d'engager des poursuites contre des personnes morales, bien que quelques délégations présentes à la Conférence de Rome en 1998, l'avait proposée²⁷⁶. Non, s'il vous plaît, *societas delinquere non potest* !

274. Voir les articles 6 et 7 du Statut du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie (Statut adopté le 25 mai 1993 par la résolution 827 du Conseil de sécurité de l'ONU), les articles 5 et 6 du Statut du Tribunal international pour le Rwanda (Statut adopté le 8 novembre 1994 par la résolution 955 du Conseil de sécurité de l'ONU).

275. Le silence dans le Statut de la Cour pénale internationale à propos de la responsabilité pénale des sociétés commerciales est d'autant plus étonnant que les instruments internationaux relatifs à la protection de l'environnement ne manquent pas – et depuis longtemps ! – de la prévoir. Cf. notamment : la Convention internationale de Londres du 2 novembre 1973 sur la prévention de la pollution par les navires, modifiée par le Protocole du 17 février 1978 (dite Convention MARPOL 73/78) ; la Convention du 3 mars 1973 sur le commerce international des espèces de faune et flore sauvages menacées d'extinction (dite Convention CITES), la Convention de Bâle du 22 mars 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontaliers de déchets dangereux et de leur élimination ou encore, par exemple, la Convention de Stockholm du 21 mars 2001 sur les polluants organiques persistants. Voir S. M. Carbone, M. Lopez de Gonzalo et P. Celle, *Diritto marittimo*, 5^e éd., Turin, Giappichelli, 2015, p. 320 ss. Ainsi que P. Sands et J. Peel, *Principles of International Environmental Law*, 2^e éd., Cambridge University Press, 2012, ch. 9.

276. Voir P. Gaeta, C. Bassiouni et A. Clapham, « The Question of Jurisdiction under International Criminal Law over Legal Persons », S. Zia-Zarifi (dir. publ.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, p. 139 ss.

236. Or rien n'exclut, du moins en théorie, que les entreprises puissent être tenues pour responsables des violations des droits de l'homme, pouvant s'étendre à des crimes de droit international tels que le génocide, les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, la torture et les traitements inhumains ou dégradants, les disparitions forcées, le meurtre, le travail forcé et l'esclavage. Et qui a été à l'origine des catastrophes écologiques les plus connues ? Il suffit de consulter le site Internet *Business and Human Rights* pour s'en convaincre.

237. Dans un rapport de 2008 sur la responsabilité juridique des entreprises, la Commission internationale de juristes a identifié quatre formes principales que peut prendre cette participation.

a) *La fourniture de biens et de services aux auteurs de crimes*

238. Cette catégorie recouvre des situations très diverses, y compris la fourniture de matières premières, d'équipement, d'infrastructures, de savoir-faire, d'une assistance logistique ou encore de financement. De multiples intervenants peuvent ainsi être concernés, tels que les fabricants d'armes ou certaines banques. Est souvent cité dans cette catégorie, le cas de la firme Tesch et Stabenow, qui a vendu du gaz Zyklon B au régime nazi pendant la Seconde Guerre mondiale, et ce en sachant qu'il serait utilisé pour exterminer les prisonniers des camps de concentration.

b) *La « sécurisation » de l'entreprise*

239. Les entreprises opérant dans des pays en guerre ou dans des zones sous tension utilisent fréquemment différents acteurs (militaires, entreprises privées de sécurité²⁷⁷, milices, etc.) pour assurer la sécurité de leur personnel et de leurs infrastructures, le cas échéant en sachant que ces auxiliaires violent les droits humains et le droit international humanitaire dans l'accomplissement de leurs tâches.

Par exemple, Nestlé en Colombie a été souvent accusé d'avoir utilisé des paramilitaires colombiens afin de garantir le bon fonctionnement de ses usines sur place, notamment en empêchant tout mouvement syndical²⁷⁸.

277. Voir à ce sujet : F. Francioni et N. Ronzitti (dir. publ.), *War by Contract: Human Rights, Humanitarian Law and Private Contractors*, op. cit. ; F. Parodi, « La coordination entre armées régulières et sociétés militaires privées : complémentarité ou concurrence ? », dans J.-M. Sorel et I. Fouchard (dir. publ.), *Les tiers aux conflits armés et la protection des populations civiles*, Paris, Pedone, 2010, p. 19-37.

278. C'est ainsi qu'une dizaine d'employés de la société (pour la plupart des dirigeants syndicaux) ont été assassinés entre 1986 et 2005. D'autres ont été chassés

c) *Les chaînes d'approvisionnement*

240. Aujourd'hui plus que jamais, de nombreux biens et services qui arrivent à un bon prix sur le marché, ont bénéficié à un moment ou à un autre de l'esclavage²⁷⁹, du travail forcé ou du travail des enfants.

Ainsi, Kraft, le géant belge de l'agroalimentaire (qui produit entre autres le chocolat Côte d'Or) est accusé par Oxfam d'utiliser du cacao récolté par des enfants esclaves dans la composition de bon nombre des chocolats qu'il produit (tout comme 99,5% du chocolat belge vendu dans les grandes surfaces)²⁸⁰.

De même, la problématique des *blood diamonds*, des diamants récoltés illicitement par des populations asservies dans des zones de conflits, relève de cette catégorie.

d) *Les partenariats d'affaires (joint venture)*

241. Cette catégorie vise les entreprises qui, tout en gardant un certain contrôle sur un projet, s'associent avec une autre entité (milices d'Etat, la rébellion, privé, etc.) afin d'atteindre un but commun.

Un exemple fréquemment cité est celui de la compagnie pétrolière *Unocal*, associée au gouvernement birman pour la construction d'un pipeline en Birmanie²⁸¹. Ce projet a été réalisé grâce au travail forcé d'individus mis à disposition par le gouvernement birman.

e) *La responsabilité internationale pénale des administrateurs*

242. En droit international comme en droit interne, la responsabilité pénale des sociétés commerciales, *uti singuli* ou comme parties d'un groupe des sociétés, doit être soigneusement distinguée de la responsabilité pénale individuelle des personnes qui travaillent pour celles-ci. Si une STN n'est pas pénalement responsable, en revanche les violations du droit peuvent conduire les administrateurs à être tenus personnellement responsable, tant au civil qu'au pénal, d'actes

de leurs terres ou ont dû s'exiler, leur vie étant menacée. Ces événements ont pour la plupart eu lieu au cours de périodes de tension ou de conflit ouvert dans les usines de Nestlé, à des périodes où les conventions collectives étaient remises en cause, ou encore à la veille d'une grève. Voir : « Nestlé sévèrement jugée pour ses activités en Colombie », ainsi qu'un rapport détaillé disponible sur le site de Multi Watch.

279. Voir E. Décaux, « Les formes contemporaines de l'esclavage », *Recueil des cours*, tome 336 (2008), p. 9-197.

280. <http://www.rtl.be/info/belgique/societe/306816/99-5-du-chocolat-belge-fabrique-par-des-enfants-esclaves>.

281. Voir sur le site Business & Human Rights Center, *Unocal Lawsuit*.

criminels commis au nom de cette entreprise et de son personnel. Bien que les lois diffèrent selon les juridictions²⁸².

243. Dans ce contexte, les Etats mais aussi les juridictions internationales considèrent que, compte tenu de la gravité des faits concernés, les infractions au droit international pénal ne peuvent être imputées qu'à des individus. Ce sont donc les dirigeants d'entreprises qui pourraient être poursuivis, même au niveau international, par exemple, pour leur participation à un génocide, un crime contre l'humanité ou un crime de guerre.

244. Ainsi, le Tribunal militaire international (TMI) de Nuremberg après la Seconde Guerre mondiale a condamné des industriels allemands qui ont été reconnus coupables de violations des droits de l'homme pour recours au travail forcé ou pour avoir produit du gaz Zyklon B utilisé dans les camps de concentration.

245. Dans l'affaire *The United States of America c. Alfried Krupp*, et al., du 31 juillet 1948, encore le TMI a condamné plusieurs membres de la famille Krupp, travaillant dans l'industrie de l'armement, pour crime contre la paix et crime contre l'humanité. Ici, le TMI a pu constater que

«officers, directors or agents of a corporation participating in violation of law in conduct of the company's business may be held criminally liable individually therefore . . . is liable when his . . . authority is established, or where he is the actual present and efficient actor. When the corporation itself is forbidden to do an act, the prohibition extends to the board of directors and to each director separately and individually».

246. De même, dans l'affaire, *The United States of America c. Carl Krauch*, et al., le TMI a condamné plusieurs industriels du groupe chimique allemand IG Farben, producteur du gaz Zyklon B, pour crime de guerre et crime contre l'humanité.

247. Aujourd'hui, on l'a dit, les statuts des juridictions internationales pénales n'envisagent aucune possibilité de poursuivre pénalement des personnes morales. Leur compétence est limitée aux personnes physiques comme les agents de l'Etat ou toutes autres personnes privées, coauteurs, complices ou instigatrices, et représentant la personne

282. Par exemple les tribunaux néerlandais ont condamné un homme d'affaires pour avoir fourni des produits chimiques au régime irakien de Saddam Hussein dans les années 1980, condamnation qui a récemment été confirmée par la Cour européenne des droits de l'homme (*Van Anraat c. Pays-Bas*, n° 65389/09, décision du 6 juillet 2010).

morale. Les dirigeants d'entreprises peuvent ainsi être poursuivis pour crimes internationaux.

248. Il n'est pas surprenant que la Cour d'appel du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) ait confirmé, le 16 novembre 2001, la sentence d'emprisonnement à vie – rendue en première instance le 27 janvier 2000 – contre l'ancien directeur de l'usine à thé de Gisovu (dans la préfecture de Kibuye, ouest du Rwanda), M. Alfred Musema, pour crime de génocide et d'extermination entendue comme crime contre l'humanité²⁸³. M. Musema prêtait les véhicules, employés et chauffeurs de son usine pour transporter les tueurs sur le lieu des massacres au Rwanda.

249. De même, le 3 décembre 2003, le TPIR a condamné M. Nahimana (qui était même doyen de la faculté des lettres de l'université nationale du Rwanda), M. Ngeze (journaliste) et M. Barayagwiza (juriste et directeur des affaires politiques au ministère des Affaires étrangères) pour avoir créé et dirigé la « radiotélévision libre des mille collines », radio de la haine qui avait incité la population hutue à tuer les Tutsis.

250. En 1993, dans le but de défendre l'idéologie hutue extrémiste et de promouvoir le recours à l'incitation à la haine et à la peur à l'encontre de la minorité tutsie,

« Jean-Bosco Barayagwiza, Ferdinand Nahimana, Félicien Kabuga, André Ntagerura, Joseph Nzirorera, Georges Rutaganda, Joseph Serugendo et Simon Bikindi se sont concertés entre eux et avec d'autres, pour créer une société anonyme dénommée RTLM SA afin notamment, d'exploiter une station de radiodiffusion RTLM. Un statut a été signé le 8 avril 1993. La radio a commencé à émettre le 8 juillet 1993 »²⁸⁴.

Le TPIR observe que ces activités étaient organisées :

« Dans le but d'assurer une large diffusion de ces appels à la violence ethnique, des personnalités de l'entourage du Président mettent sur pied de véritables médias de la haine qui exerceront une grande influence sur la population rwandaise. La création du journal Kangura et de la radiotélévision libre des mille collines

283. TPIR, *Musema c. Le Procureur*, affaire ICTR-96-13-I, 6 novembre 2001. Voir M. Delmas-Marty, *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne. Les processus d'internationalisation*, Paris, 2001, p. 199.

284. Paragraphe 5.9 de l'arrêt.

(RTLM) participe de cette stratégie et s'inscrit dans cette logique. Dès 1993, les Tutsis et les opposants politiques sont ciblés, clairement identifiés et menacés par ces médias. Plusieurs d'entre eux compteront parmi les premières victimes des massacres d'avril 1994.»²⁸⁵

Et donc conclut en les accusant de génocide, incitation au génocide, extermination et persécution constitutives de crimes contre l'humanité²⁸⁶.

Le 28 novembre 2007, la Chambre d'appel du TPIR a déclaré M. Nahimana et M. Ngeze coupables d'incitation directe et publique à commettre le génocide, et M. Barayagwiza de génocide, incitation au génocide, extermination et persécution constitutives de crimes contre l'humanité²⁸⁷.

251. Plus généralement, l'article 25 du Statut de la Cour pénale internationale (CPI) précise que la Cour exerce sa compétence non seulement à l'égard de toute personne physique ayant matériellement commis un crime prévu par le Statut, mais aussi à l'égard de toutes celles qui ont intentionnellement ordonné ces crimes, incité d'autres personnes à les commettre ou fourni les moyens de les commettre.

252. Par le biais de l'article 25, paragraphe 3, let. c) du Statut de la CPI on a indiqué qu'

«une personne est pénalement responsable et peut être punie pour un crime relevant de la compétence de la Cour si : ... c) En vue de faciliter la commission d'un tel crime, elle apporte son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance à la commission ou à la tentative de commission de ce crime, y compris en fournissant les moyens de cette commission».

L'article 25, paragraphe 3, let. (d), précise également qu'une personne qui contribue de toute autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un crime par un groupe de personnes agissant de concert sera déclarée coupable.

253. Par conséquent les dirigeants des sociétés transnationales peuvent être considérés par la CPI comme responsables de certains

285. Paragraphe 1.18 de l'arrêt.

286. TPIR, *Procureur c. F. Nahimana, J. B. Barayagwiza, H. Ngeze*, affaire ICTR-99-52-T, 3 décembre 2003.

287. TPIR, Chambre d'appel, *F. Nahimana, J. B. Barayagwiza, H. Ngeze c. Procureur*, affaire ICTR -99-52-A, 28 novembre 2007.

crimes, pour peu que ce soit par complicité²⁸⁸ ou en raison de leur titre de supérieur hiérarchique.

254. En ce qui concerne la culpabilité pour complicité, trois exigences de base doivent être réalisées cumulativement : un crime de guerre ou un crime contre l'humanité doit avoir été commis, le complice doit avoir contribué de façon substantielle au crime, le complice doit avoir eu l'intention que le crime soit commis ou avoir pour le moins été indifférent quant à sa commission²⁸⁹.

255. Quant à la responsabilité du supérieur hiérarchique, l'article 28 du Statut de la CPI stipule que celui-ci est pénalement responsable des crimes relevant de la compétence de la Cour commis par des subordonnés placés sous son autorité et son contrôle effectifs, lorsqu'il n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces subordonnés dans les cas où : *a*) Il savait que ces subordonnés commettaient ou allaient commettre ces crimes ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement ; *b*) ces crimes étaient liés à des activités relevant de sa responsabilité et de son contrôle effectifs ; et *c*) il n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites.

256. Cette disposition pourrait par exemple être appliquée à un dirigeant d'une société privée de sécurité lorsque des crimes internationaux sont perpétrés par l'un de ses agents dans le cadre de ses fonctions et que les autres conditions susmentionnées sont remplies.

257. Les crimes relevant de la compétence de la Cour ne se prescrivent pas (art. 29), à condition qu'ils soient commis après 2002 et après l'entrée en vigueur du Statut de la CPI dans un Etat donné. L'action pénale internationale est exercée par le Procureur de la CPI, lequel peut ouvrir une enquête et engager des poursuites de trois manières possibles (art. 13) :

« *a*) Si une situation dans laquelle un ou plusieurs de ces crimes paraissent avoir été commis est déférée au Procureur par un Etat partie , comme prévu à l'article 14 ;

b) Si une situation dans laquelle un ou plusieurs de ces crimes paraissent avoir été commis est déférée au Procureur par le

288. Article 7 (1) du Statut TPIY ; article 6 (1) du statut TPIR ; article 25 (3) (c) du Statut de la CPI.

289. W. Schabas, «Enforcing Humanitarian Law: Catching the Accomplices», *RICR*, vol. 83, n° 842, p. 446.

Conseil de sécurité agissant en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies ; ou

c) Si le Procureur a ouvert une enquête sur le crime en question en vertu de l'article 15».

Les Etats non parties au Statut de la CPI peuvent également saisir le Procureur, mais seulement en faisant une déclaration *ad hoc* d'acceptation de la compétence de la Cour.

258. Les victimes des crimes et les ONG peuvent également, sur cette base ou sur la base de l'article 54, paragraphe 3, let. (e), envoyer toute information au Bureau du Procureur pour faciliter l'ouverture d'enquêtes *proprio motu*, ou contribuer aux enquêtes et poursuites en cours.

En revanche, la compétence de la Cour vis-à-vis d'un dirigeant d'une STN ne peut s'exercer que si :

«a) L'accusé est un ressortissant d'un Etat partie ou d'un Etat qui a autrement accepté la compétence de la Cour ;

b) Le crime a été commis sur le territoire d'un Etat partie ou d'un Etat qui a autrement accepté la compétence de la Cour ;

c) Le Conseil de sécurité de l'ONU a déferé la situation au Procureur, indépendamment de la nationalité du suspect ou du lieu où le crime a été commis.»

Il faut souligner que la CPI n'a pas vocation à se substituer aux tribunaux nationaux. L'obligation de poursuivre les génocides, crimes contre l'humanité, crimes de guerre, etc., incombe d'abord aux juridictions nationales, la Cour n'intervenant qu'en cas de défaillance de leur part ou de leur Etat.

259. A ce propos, et comme on le verra dans le quatrième chapitre de ce cours, il faut remarquer que quelques Etats ont établi dans leur ordre juridique – donc dans l'ordre interne – aussi une compétence universelle du juge pénal interne à l'égard des violations graves du droit international humanitaire et du droit pénal international. Ces Etats se sont dotés d'une législation établissant cette compétence pour toute violation ou ensemble de violations graves des Conventions de Genève et du Protocole additionnel I, ainsi que pour les violations d'autres instruments juridiques et pour les crimes de guerre définis dans le Statut de la CPI.

260. Cependant, la plupart de ces Etats ont assorti l'exercice de la compétence pénale universelle d'un certain nombre de conditions.

La plus habituelle est l'exigence d'un lien entre l'accusé et l'Etat qui entend le poursuivre, comme la présence de l'accusé sur le territoire dudit Etat, ou le consentement d'une autorité gouvernementale.

Mais il reste que si une entreprise ayant son siège, son administration ou ses activités principales dans un Etat prévoyant la compétence pénale universelle, se révèle être complice de tels actes commis à l'étranger, ses dirigeants pourront être poursuivis par le juge de l'Etat « extraterritorial ».

Après tout, la compétence universelle a pour objet d'éviter l'impunité et d'empêcher ceux qui commettent des crimes graves de trouver refuge dans des pays tiers.

*B. Le deuxième pilier des Principes directeurs des Nations Unies :
la « responsabilité des entreprises de respecter
les droits de l'homme »*

261. Les Principes directeurs des Nations Unies prévoient deux dispositions majeures que les entreprises devraient adopter pour garantir le respect des droits de l'homme. Premièrement, l'entreprise doit mettre en place une politique qui articule sa responsabilité de respecter les droits de l'homme. Cette politique sert à informer les employés, les investisseurs et le public, entre autres, du fait que l'entreprise a pris l'engagement de respecter les droits de l'homme.

La deuxième disposition desdits Principes directeurs, concerne l'établissement d'une *due diligence* appropriée, c'est-à-dire d'un « processus de diligence raisonnable » en matière de droits de l'homme pour repérer, prévenir, atténuer et indiquer comment elles font face aux effets de leurs activités sur le respect des droits de l'homme et des processus pour réparer toute atteinte aux droits de la personne qu'elles causent ou à laquelle elles contribuent.

De même, les entreprises vont inclure des informations dans leurs rapports annuels sur les efforts qu'elles font à l'égard de leur responsabilité de protéger les droits de l'homme, en tant que personnes morales et contribuer à leur réalisation, en particulier sur la manière dont elles abordent les problèmes soulevés par ou au nom des parties prenantes affectées.

S'inscrivant dans le cadre de la responsabilité sociétale de l'entreprise (RSE), matière possédant une histoire assez longue et controversée (1), cette politique est bien développée par les Principes directeurs des Nations Unies (2).

1. Excursus : *de la Social Responsibility of the Businessman à la philanthropie d'entreprise*

262. Si déjà Max Weber écrivait que le capitalisme appelait des justifications d'ordre éthique ou religieux, résumées dans la notion d'«esprit du capitalisme», les ouvrages qui présentent le concept de RSE citent, en général, un économiste, Howard R. Bowen, en tant qu'auteur principal, à travers son livre, publié en 1953, *Social Responsibilities of the Businessman*²⁹⁰. C'est l'époque des expériences de *corporate philanthropy* des grands businessmen, comme Vanderbilt, Rockefeller²⁹¹, ou encore Carnegie qui, à travers sa fondation, continue à contribuer à l'Académie de droit international de La Haye.

263. En effet, dans les années 1930, quelques industriels suivant un courant moraliste teinté d'utilitarisme aux Etats-Unis auraient soudainement décidé d'ajouter aux objectifs de profit et de satisfaction des actionnaires le bien de la société, l'équité et le bonheur de leurs employés. Les Eglises protestantes encourageront de nombreuses initiatives similaires.

264. Une autre filiation est celle de la tradition dite «paternaliste». Elle est l'héritière du catholicisme social, marqué par l'encyclique *Rerum Novarum* de 1891. L'exemple, en Italie, dans les années 1950, est M. Adriano Olivetti²⁹² sous la direction duquel la Olivetti S.p.A. devient la première entreprise mondiale dans le secteur des fournitures de bureaux.

Ce courant est très présent dans l'Europe du Nord (en particulier dans les industries minière et sidérurgique), ainsi qu'en Amérique latine.

265. Ce n'est toutefois que dans les années 1970-80 que se produit véritablement la construction d'un concept de RSE qui prend son envol par rapport à la *corporate philanthropy*. Le courant éthique des années

290. H. Bowen, *Social Responsibilities of the Businessman*, New York, Harper, 1953. Voir A. Crane et al. (dir. publ.), *The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility*, OUP, 2008. En français voir J.-P. Gand et J. Igalens, *La responsabilité sociale de l'entreprise*, 3^e éd., Paris, PUF, 2012; A. Acquier et F. Aggeri, «Une généalogie de la pensée managériale sur la RSE», *Revue française de gestion*, n° 180, 2008, p. 131-157; I. Daugareilh et O. Maurel, «Les droits de l'Homme, socle de la responsabilité des entreprises», dans O. Maurel (dir. publ.), *La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'Homme. Nouveaux enjeux, nouveaux rôles*, Paris, La Doc. française, 2009, p. 125-152; A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie : la justice sociale face au marché total*, Paris, Editions du Seuil, 2010.

291. Cf. J.-P. Gand et J. Igalens, *La responsabilité sociale de l'entreprise*, op. cit., p. 3 ss.

292. Voir L. Gallino, *L'impresa responsabile. Un'intervista su Adriano Olivetti*, Turin, Einaudi, 2001.

1960 trouve un nouveau souffle de vie à travers les protestations contre la guerre du Vietnam, la lutte contre l'apartheid en Afrique du Sud et, plus généralement, la diffusion des protestations contre l'exploitation des travailleurs des usines à sueur, les « *sweat shop* ». La décolonisation, les débats sur le développement ²⁹³, la critique de l'impérialisme capitaliste propagée par l'Union soviétique ²⁹⁴ – ne font que renforcer, en Occident, le besoin d'une RSE et son articulation.

266. Les STN deviennent peu à peu un acteur des relations internationales très incommode du fait de leur poids économique et de leur nature transnationale ²⁹⁵. La complicité d'entreprises étrangères avec les auteurs de coups d'Etat dans plusieurs pays – surtout en développement – est, à l'époque, un révélateur brutal du phénomène.

267. On commence à traduire l'éthique des affaires en des codes de conduite. A ce propos, un facteur de développement de la RSE est l'œuvre du révérend Léon Sullivan et du mouvement anti-apartheid en Afrique du Sud, lequel a depuis évolué vers un ensemble de principes globaux ²⁹⁶.

Ainsi, dans les années 1970, la première vague des codes de conduite des entreprises transnationales devient bien visible et se lie au problème de la lutte contre la corruption. Parmi ces codes, les règles de la Chambre de commerce internationale (CCI) constituent un instrument d'autorégulation des affaires internationales qui invite les entreprises à adhérer volontairement à un ensemble de règles d'intégrité qui limitent la corruption et promeuvent la concurrence à un niveau plus élevé. Bref, à cette époque, les codes de conduite incarnaient l'« éthique des affaires » (*business ethics*) et devenaient rapidement une réponse aux problèmes de corruption qui émergeaient dans le commerce international; problèmes auxquels les Etats-Unis essaieront de remédier à travers le *Foreign Corrupt Practices Act* de

293. Il suffit de relire les pages de M. Bedjaoui, *Pour un nouvel ordre économique international*, UNESCO, 1979, p. 261 ss; G. Bertin, *Les sociétés multinationales*, Paris, PUF, 1975; S. H. Hymer, *The International Operations of National Firms: A Study of Direct Foreign Investment*, The MIT Press, Cambridge, Mass, 1976; D. Adedayo Ijalaye, « Indigenization measures and Multinational Corporations in Africa », *Recueil des cours*, tome 171 (1981), p. 9-80.

294. En cohérence avec N. Lenin, *L'impérialisme, stade suprême du capitalisme*, Paris, 1925. Voir AA.VV. *Relaciones economicas internacionales*, Moscou, Ed. Progreso, 1991, p. 226.

295. Voir le livre ainsi que le célèbre film documentaire de J. Balkan, *The Corporation: The Pathological Pursuit of Profit and Power*, traduction italienne, Rome, Fandango, 2004.

296. GlobalSullivanPrinciples.org .

1977²⁹⁷. Il s'agit de codes d'éthique très généraux qui auraient dû guider le comportement des membres du conseil, des gestionnaires et des employés. En ce sens, l'«éthique des affaires» est une tentative qui vise à définir des «règles de l'entreprise» en vertu desquelles tous les employés peuvent savoir ce qu'on attend d'eux. En même temps c'est aussi une tentative d'encourager les employés, les gestionnaires et les membres du Conseil à réfléchir et à prendre des décisions à travers le prisme de certains ensembles de valeurs communes. Ces valeurs forment l'objet d'étude de la doctrine de gestion. Les juristes ne s'y intéressent généralement pas.

268. A son tour, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), reprenant le flambeau d'un projet de Code de bonne conduite de 1973 qui avait échoué aux Nations Unies, adopte en 1976 des Principes directeurs pour les entreprises multinationales. Ceux-ci affirment que

«les entreprises peuvent apporter des bénéfices tangibles aux pays du siège comme aux pays d'accueil ... et jouer ainsi un rôle important dans la promotion du bien-être économique et social [... ainsi que] surmonter les difficultés que leurs [diverses opérations peuvent engendrer (liées notamment à leur puissance économique)».

269. Surtout à partir du début des années 1980 du siècle dernier, un autre phénomène se produit: celui de la financiarisation de l'économie. Elle se traduit par un poids grandissant de la finance et par une plus grande séparation entre propriété et gestion. De nouvelles règles de gouvernance sont à inventer pour organiser la relation entre le management salarié et les nouveaux propriétaires, des actionnaires dont l'*affectio societatis* se limite souvent à un désir de fort rendement financier. On arrive peu à peu et surtout aux Etats-Unis à passer de la notion des actionnaires, les *shareholders*, à celle de «parties prenantes», les *stakeholders*. Les managers, distincts des propriétaires, se retrouvent à gérer des nouveaux types de relations dans l'entreprise avec un ensemble de groupes aux attentes parfois antagonistes.

270. Sous la pression des économistes de l'école de Chicago, pour qui le «*business of business is business*» (Milton Friedman)²⁹⁸, c'est-

297. B. Oppetit, «Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international», *JDI*, 1987, p. 5 ss.

298. «The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits», *The New York Times Magazine*, 13 septembre 1970.

à-dire pour lesquels l'entreprise n'a d'autre vocation que de faire des profits, se construit peu à peu une vision managériale de la RSE articulée autour de deux notions : la minimisation des risques qui seraient attachés à une mauvaise évaluation des attentes des parties prenantes et l'optimisation de la performance globale, grâce à l'intégration intelligente de ces attentes. Le manager acquiert une légitimité nouvelle dans l'exercice d'une fonction d'arbitrage entre les intérêts divergents des parties prenantes.

271. Sous la pression conjuguée des autres « parties prenantes » (*stakeholders*) – à savoir, au-delà des actionnaires ; les salariés ; les fournisseurs ; les sous-traitants ; les clients ; les collectivités locales et plus généralement de la « société civile » – de nombreuses entreprises se sont ouvertes, surtout depuis les années 1990, à la prise en compte de l'impact social et environnemental de leurs activités économiques. Leur responsabilité dite « sociale », mieux « sociétale » et environnementale, a ainsi acquis une dimension interne et une dimension externe.

272. En 1984, la réticence de l'entreprise *Union Carbide* à reconnaître sa responsabilité dans la catastrophe de Bhopal, en Inde (qui provoqua en 1984 le décès d'au moins 20 000 personnes et des centaines de milliers de malades chroniques), est un autre choc.

273. C'est au cours des années 1990 que la RSE s'ancre, en Europe et dans le monde à travers la notion du développement durable, à la suite du Sommet de la terre de Rio et de la place croissante du mouvement environnementaliste²⁹⁹. Peu à peu l'on commence à parler de « *triple bottom line* », c'est-à-dire un triple indice de rentabilité pour évaluer la performance d'une entreprise sous les angles environnemental, social et économique.

274. Au plan interne, il s'agit d'un instrument de bonne gouvernance plus que de *corporate governance*, pour favoriser une amélioration des rapports entre l'entreprise et les salariés, ce qui doit passer par une valorisation des politiques de gestion des ressources humaines, une plus grande attention accordée à la santé et à la sécurité au travail, et une meilleure implication des salariés dans leur développement professionnel³⁰⁰.

299. N. Schrijver, « The Evolution of Sustainable Development in International Law : Inception, Meaning and Status », *Recueil des cours*, tome 329 (2007), p. 217-412.

300. F. Fontana et P. Boccadelli, *Corporate Strategy*, Milan, Hoepli, 2015, p. 280 ss ; R. Kraakman *et al.*, *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, 2^e éd., OUP, 2009, p. 67 ss, p. 164 ss ; C. Malecki, *Responsabilité sociale des entreprises. Perspectives de la gouvernance d'entreprise durable*, Paris, LGDJ, 2014, *passim*.

275. Dans sa dimension externe, la RSE concerne l'engagement de l'entreprise en termes de protection de l'environnement dans ses relations avec ses fournisseurs, ses sous-traitants ou encore les autorités publiques³⁰¹. Ici, si l'objectif est, de prime abord, le respect des législations existantes (lorsqu'elles existent!) il s'agit surtout d'aller au-delà du droit local applicable (un droit étatique qui peut être en violation lui-même des standards internationaux de protection des droits de l'homme).

276. C'est aussi l'intérêt bien compris des entreprises que de s'inscrire dans une démarche de respect des objectifs sociaux et environnementaux des Etats dans lesquels elles sont installées, elles produisent ou avec lesquelles elles commercent. Certes, quelques entreprises ont utilisé la RSE à des fins d'image et de *marketing*, ce qui a posé, par la suite, la question de la vérification indépendante et fiable du respect de leurs engagements. Mais, en même temps, d'autres entreprises en ont fait un facteur d'innovation de leur pratique sociale, environnementale et industrielle. Au-delà des effets d'image, ces entreprises ont compris que la RSE offre une opportunité stratégique dans leur positionnement sur les marchés et pour la réduction de leurs risques.

Néanmoins la RSE, pour être telle qu'on la connaît aujourd'hui, ne signifie plus la donation d'argent à des fins sociales (la philanthropie d'entreprise) ; elle signifie la prise en compte concrète et la minimisation des externalités négatives produites par l'entreprise transnationale dans ses activités.

2. *L'apport des Principes directeurs des Nations Unies : la due diligence vecteur des obligations de moyens à la charge des entreprises*

277. C'est dans ce contexte que se situe le deuxième pilier du «système» des Principes directeurs des Nations Unies proposés par le professeur Ruggie. Les Principes directeurs (principes 11 à 24) expliquent que la «responsabilité de respecter tous les droits de l'homme reconnus sur le plan international» est une règle de conduite exigible de toutes les entreprises où qu'elles opèrent. Cela signifie qu'elles doivent

301. F. G. Trébulle et O. Uzan (dir. publ.), *Responsabilité sociale des entreprises, Regards croisés droit et gestion*, Paris, Economica, 2011, *passim*; M. Bonnafous-Bouchet et Y. Pesqueux (dir. publ.), *Décider avec les parties prenantes*, Paris, La découverte, 2006; I. Prigent et O. Nouvel (dir. publ.), *Droits de l'homme et responsabilité sociétale de l'entreprise, une approche francophone*. AFCNDH, Colloque de Rabat, Toogezzer, 2008.

éviter de porter atteinte aux droits de l'homme d'autrui et remédier aux atteintes à ces droits dans lesquelles elles ont une part.

a) *La « responsabilité de respecter les droits de l'homme » par l'entreprise comme « responsabilité » autonome et indépendante par rapport à celle des Etats*

278. En vertu des Principes directeurs des Nations Unies, la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme relève d'une norme de conduite que l'on attend d'elles et non d'une obligation juridique au sens strict³⁰².

Cela est possible seulement si les entreprises développent des mesures appropriées pour « connaître leurs responsabilités et montrer qu'elles respectent les droits de l'homme ».

Lorsque des entreprises constatent qu'elles ont causé une violation des droits de l'homme d'autrui, elles doivent prévoir des moyens de réparation effectifs ou participer à ces moyens.

Chose fondamentale, les Principes directeurs précisent que la responsabilité qui incombe aux entreprises est indépendante de l'aptitude de l'Etat à s'acquitter de son devoir de protection ou de sa volonté de le faire.

279. Il n'y a pas de doutes, d'après M. Ruggie, qu'il faut valoriser la RSE dans le cadre de la technique de la co-régulation face aux limites montrées par la régulation *hard* tant du droit international que du droit interne de maints Etats³⁰³. C'est dans ce sens qu'il se réfère, notamment, à une « responsabilité » – pas nécessairement juridique au sens étroit – des entreprises de respecter les droits de l'homme dans leurs actions. D'après M. Ruggie :

« Enfin, les entreprises ont besoin de savoir ce que recouvre concrètement le processus de diligence raisonnable, c'est-à-dire quels droits. La réponse est simple : en principe, tous les

302. Bien entendu, les entreprises ont une obligation juridique de respecter les droits de l'homme applicables là où ils ont été intégrés dans la législation nationale : dans l'Etat hôte par exemple à la suite de la ratification d'instruments internationaux et de l'adoption d'une législation de mise en œuvre, et par le biais de la législation extraterritoriale de l'Etat d'origine (voir chap. 1 *supra*).

303. Ruggie, *Just Business*, *op. cit.*, p. 77. D'après M. Ruggie « no single silver bullet can resolve the business and human rights challenge. A broad array of measures is required, by all relevant actors », dans *Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human rights*, Report of the SRSG on the issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business enterprises, doc. NU A/HRC/8/5 (7 avril 2008), paragraphe 7.

droits de l'homme reconnus à l'échelle internationale. Fixer une liste définitive des droits que les entreprises doivent respecter serait une gageure car les entreprises peuvent avoir un impact sur l'ensemble des droits de l'homme, comme le représentant spécial l'a montré dans son analyse de près de quatre cents plaintes publiques concernant des entreprises. La responsabilité de respecter doit donc s'appliquer à l'ensemble des droits, même si en pratique, certains peuvent être plus pertinents que d'autres selon le contexte.

Pour ce qui est du contenu fondamental de la diligence raisonnable, les entreprises devraient au minimum se référer à la Charte internationale des droits de l'homme – la Déclaration universelle et les deux Pactes internationaux – ainsi qu'à la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail. Il y a deux raisons à cela. D'une part, les principes consacrés par ces instruments sont les plus universellement reconnus par la communauté internationale. D'autre part, c'est principalement à leur aune que les autres acteurs sociaux jugent de l'impact des entreprises sur les droits de l'homme.»³⁰⁴

i) La «due diligence» ou «diligence raisonnable»

280. Le principe de *due diligence*³⁰⁵, ou diligence raisonnable oblige donc chaque entreprise transnationale à se poser des questions minimales. Néanmoins, conformément à ce principe, l'entreprise ne peut plus se réfugier derrière le fait qu'elle ne savait pas. Dans une certaine mesure, elle aurait dû savoir avec quel partenaire (Etat ou autre entreprise étrangère) elle fait affaire et quel est – ou quel peut être – l'impact sur la société de ses activités en termes de possibles violations des droits de l'homme.

281. La diligence raisonnable en matière de droits de l'homme est un processus que les entreprises doivent entreprendre pour repérer, prévenir et atténuer les incidences négatives sur les droits de l'homme,

304. *Les entreprises et les droits de l'homme: Vers une traduction opérationnelle du cadre «Protéger, respecter et réparer»*, doc. NU A/HRC/11/13 du 22 avril 2009, paragraphes 52-54. C'est nous qui soulignons.

305. En langue française, on traduit le concept de «*due diligence*» par des appellations diverses: «devoir de vigilance», «diligence raisonnable», «diligence due», «obligation de vigilance», etc. Les traductions officielles retenues par les instruments internationaux, variées, attestent de la difficulté d'arriver à une traduction exacte de ce mot.

et rendre compte de la manière dont elles y remédient. Selon les Principes directeurs des Nations Unies, le processus de diligence raisonnable d'une entreprise en matière de droits de l'homme comprend une procédure de « gestion continue, qu'une entreprise raisonnable et prudente se doit de réaliser, à la lumière des circonstances (à savoir le secteur, le contexte d'exploitation, la taille et autres facteurs similaires) pour accomplir sa responsabilité en matière de respect des droits de l'homme »³⁰⁶. Elle devrait comprendre les éléments suivants (Principe directeur n° 17) :

- une évaluation des incidences réelles et potentielles des activités de l'entreprise sur les droits de l'homme ;
- l'adoption de dispositions qui tiennent compte des conclusions de cette évaluation, y compris l'intégration dans ses politiques et pratiques internes de mesures appropriées pour remédier à des incidences ;
- le suivi de l'efficacité des mesures prises pour prévenir ou atténuer les incidences négatives sur les droits de l'homme ; et
- la communication à l'externe d'informations au sujet du processus de diligence raisonnable et de ses résultats.

282. Selon les Principes directeurs des Nations Unies, les entreprises doivent repérer et évaluer toutes les incidences négatives réelles ou potentielles sur les droits de l'homme dans lesquelles elles peuvent avoir une part de responsabilité. Lorsqu'une entreprise évalue ses incidences sur les droits de l'homme, elle devrait faire ce qui suit (Principe directeur n° 18) :

- Recourir à de l'expertise interne ou indépendante dans le domaine des droits de l'homme ;
- Entreprendre une véritable consultation avec les détenteurs de droits et autres intervenants concernés qui sont susceptibles d'être touchés ;
- Tenir compte de la différence de genre et prêter une attention particulière à toutes les incidences en matière de droits de l'homme sur les personnes appartenant à des groupes susceptibles de présenter un risque accru de vulnérabilité ou de marginalisation ; et
- Répéter à intervalles réguliers les exercices de recensement et d'évaluation des risques (c'est-à-dire avant de s'engager dans une nouvelle activité, avant de prendre des décisions importantes à

306. ONU, *La responsabilité de protéger. Guide interprétatif*, HR/PUB/12/02, 2012, p. 11.

propos de changements dans les activités et périodiquement tout au long du cycle de vie du projet).

283. La participation des détenteurs de droits est une exigence essentielle pour tout processus d'évaluation des incidences sur les droits de l'homme. Le Principe directeur n° 18 des Nations Unies énonce ce qui suit :

« Pour pouvoir bien évaluer leurs incidences sur les droits de l'homme, les entreprises devraient s'efforcer de comprendre les préoccupations des parties prenantes susceptibles d'être concernées en les consultant directement de telle manière que soient pris en compte la langue et les autres obstacles potentiels à un dialogue fructueux. Lorsqu'il n'est pas possible de mener de telles consultations, les entreprises devraient envisager d'autres possibilités raisonnables comme consulter des experts indépendants crédibles, y compris des défenseurs des droits de l'homme et autres représentants de la société civile. »

284. Concrètement, toutes les entreprises – qu'il s'agisse de multinationales mais aussi de PME –, sont censées :

- élaborer une politique interne à la STN en matière de droits humains qui reconnaisse la pertinence de ces droits pour l'entreprise et leur prise en compte dans les procédures opérationnelles.
- identifier les « points de contact » entre les activités de l'entreprise et les droits humains. Pour ce faire, il importe moins de mener une analyse complexe et approfondie des activités de l'entreprise que de procéder au préalable à une sensibilisation interne de l'entreprise³⁰⁷.
- Une fois ces points de contact identifiés, il faut évaluer l'impact de l'entreprise sur les droits humains. Il s'agit, dans un premier temps, purement et simplement de déterminer dans quels domaines les activités de l'entreprise ont une incidence sur les droits humains. Dans un deuxième temps, il s'agit de déterminer les possibilités dont dispose l'entreprise pour éviter toute incidence négative.

285. Les études d'impact sur les droits de l'homme doivent être effectuées avant le début d'un projet et régulièrement tout au long du

307. Le cas d'une PME est en ce sens intéressant : afin de pouvoir effectuer un premier examen général, celle-ci a dans un premier temps superposé une carte du monde représentant ses relations commerciales et une carte du monde représentant les pays où sont régulièrement rapportées de graves violations des droits humains.

cycle de vie du projet³⁰⁸. Les individus et les communautés affectés doivent être impliqués à toutes les étapes du processus d'étude d'impact et devraient être consultés au sujet des impacts potentiels, de la prévention, de l'atténuation et des mesures de réparation. Ils devraient avoir accès à une information complète, claire, rapide et objective sur tous les aspects pertinents des activités prévues. En procédant à des études d'impact, les entreprises sont tenues de prêter une attention particulière aux impacts potentiels sur les droits de l'homme et de certains groupes, tels que les enfants, les travailleurs migrants, les peuples autochtones, les minorités et les femmes au sein de ces groupes, qui, étant donné leurs circonstances spécifiques, pourraient exiger des mesures spéciales afin d'assurer le respect des normes internationales des droits de l'homme qui leur sont applicables.

286. Les entreprises doivent aussi informer de manière transparente sur leur politique en matière de droits humains et sur les mesures prises. A ce propos, la création d'un poste de responsable de l'éthique de l'entreprise et de la RSE est envisagée.

287. Ces points clés montrent qu'il n'existe pas une solution abstraite et universelle pour la diligence raisonnable. Au contraire, une fois le principe posé et accepté, il faut spécifier la diligence raisonnable *in concreto* et dans différentes branches.

288. Les entreprises doivent surveiller les effets des mesures prises pour remédier aux incidences recensées sur les droits de l'homme afin de déterminer si celles-ci se sont avérées efficaces. Par exemple, si une entreprise, qui présente un dossier insatisfaisant en matière de santé et de sécurité, commence à offrir aux employés de la formation et de l'équipement gratuit de protection individuelle, elle doit surveiller si ces mesures obtiennent l'effet escompté pour ce qui est de réduire le nombre d'accidents ou de quasi-incidents dans le milieu de travail. Selon le Principe directeur n° 20 des Nations Unies, cette surveillance doit se fonder sur des informations issues de sources adéquates, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'entreprise, et sur des indicateurs

308. Il s'agit de la transposition conceptuelle sur le plan général des droits de l'homme de l'acquis en matière des évaluations d'impact environnemental. Dans ce dernier cas, en effet, il s'agit d'une étude préalable à la mise en œuvre de programmes ou de plans qui permet d'estimer leurs effets probables sur l'environnement. Voir à ce propos la directive n° 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement. Voir aussi M. Prieur, *Evaluation des impacts sur l'environnement pour un développement rural durable : étude juridique*, FAO Etude législative 53, Editions Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, 1994.

qualitatifs et quantitatifs appropriés pour mesurer de façon cohérente l'efficacité, notamment dans la durée.

289. A ce propos, la *Global Reporting Initiative*³⁰⁹ suggère que, pour évaluer l'efficacité des mesures de «diligence raisonnable», les indicateurs devraient comprendre les éléments suivants :

- Des indicateurs quantitatifs se rapportant aux attributs d'une situation, d'un processus ou d'une activité auxquels des chiffres, des pourcentages ou des ratios peuvent être associés qui reflètent un état à un moment donné. Les indicateurs quantitatifs peuvent être tirés de données et de dossiers réunis dans le cadre d'une étude ou d'un processus de planification.
- Des indicateurs qualitatifs se rapportant aux attributs d'une situation, d'un processus ou d'une activité dont l'état ou la condition est déterminé par les opinions, les perceptions ou les jugements, ou par la qualité d'une expérience – et non par des données quantifiables. Les indicateurs peuvent souvent être développés en concertation avec les groupes communautaires.
- Des indicateurs de processus internes : Ceux-ci évaluent dans quelle mesure l'organisation a établi des processus et des procédures de gestion des risques en matière de droits de l'homme (par exemple l'existence d'un mécanisme de griefs).
- Indicateurs d'incidents : Ceux-ci mesurent le nombre d'incidents découlant des activités d'une entreprise qui entraînent, ou pourraient entraîner, des violations des droits de l'homme.
- Indicateurs de résultats : Ces mesures se rapportent généralement aux changements de la qualité de vie des groupes de détenteurs de droits dans des régions concernées par les droits de l'homme, qui peuvent être mesurés du point de vue des résultats.

290. Bref, l'entreprise doit traduire l'information issue de la surveillance dans ses politiques et processus internes. Il est important aussi de faire appel à la participation des détenteurs de droits et d'autres intervenants dans la surveillance et l'évaluation des mesures d'atténuation des incidences. Par exemple, il peut s'agir de développer des indicateurs de surveillance en concertation avec les groupes communautaires ou de mettre sur pied une équipe mixte entreprise-collectivité pour la surveillance.

309. <http://www.globalreporting.org/>.

291. Dans le cadre de la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme, les entreprises doivent rendre compte de la façon dont elles remédient à leurs incidences sur les droits de l'homme et des résultats de ces mesures. Cet exercice comprend l'engagement d'un dialogue avec les détenteurs de droits concernés et la publication d'informations sur les droits de l'homme. Selon le Principe directeur n° 21, une entreprise devrait, dans tous les cas, publier des informations sur la diligence raisonnable et les incidences en matière de droits de l'homme selon les critères suivants: *a)* les informations devraient être publiées selon un format et une fréquence qui tiennent compte de la portée et de la gravité des incidences de l'entreprise sur les droits de l'homme, et être faciles d'accès pour les publics cibles³¹⁰. Les entreprises doivent également assurer, entre autres choses, que les informations atteignent toutes les collectivités éloignées dont les droits de l'homme sont touchés par leurs activités; *b)* le dialogue et la publication d'informations devraient fournir des informations suffisantes pour permettre d'évaluer l'efficacité des mesures prises par l'entreprise pour remédier à toute incidence particulière sur les droits de l'homme; et *c)* l'entreprise devrait s'assurer que toutes les informations publiées ne présentent pas de risques pour les détenteurs de droits ou d'autres intervenants³¹¹. Les entreprises devraient également respecter toutes les obligations légitimes en matière de confidentialité commerciale. Selon les Principes directeurs des Nations Unies, la communication des entreprises sur les incidences en matière de droits de l'homme et les processus de diligence raisonnable peut se faire de diverses façons. Cela comprend: les entretiens en personne, les dialogues en ligne, les réunions ou les processus de consultation avec les détenteurs de droits concernés et les rapports publics officiels.

ii) *De la « responsabilité » à la « redevabilité » (accountability)*

292. Le concept et la pratique de « l'évaluation des incidences sur les droits de l'homme » par les entreprises n'ont été développés que récemment. Bien que désormais les Principes directeurs des Nations Unies exigent des entreprises qu'elles évaluent leurs incidences sur

310. Par exemple, les communications de l'entreprise sur les incidences devraient tenir compte de la langue et de tout autre obstacle à un dialogue fructueux avec les détenteurs de droits concernés.

311. Par exemple les défenseurs de droits de l'homme, les journalistes, les fonctionnaires locaux, le personnel de l'entreprise.

les droits de l'homme, ils ne précisent pas dans le détail le type de processus ou d'exercice d'évaluation qu'une entreprise doit utiliser.

293. La notion de *due diligence* – on l'a retrouvé en parlant des obligations des Etats – recouvre des sens différents selon les domaines où elle est utilisée. Toutefois, *mutatis mutandis*, il y a des caractéristiques communes à ces définitions car la *due diligence* est porteuse d'une obligation de moyens, exigeant la réalisation d'un comportement minimum. Il s'agit d'un comportement minimum de vigilance. En droit international, la *due diligence* met à la charge de ses sujets de droit la réalisation d'un comportement minimal au regard des circonstances de l'espèce, dont l'appréciation est réalisée selon un standard moyen.

294. En droit interne, cette idée de « respect » des droits de l'homme, *do not harm*, fait penser à un juriste de *Civil Law* au principe du *neminem laedere* du droit romain. A ce principe il faut relier la notion de *due diligence* provenant de la jurisprudence nord-américaine de droit des sociétés selon laquelle les dirigeants des sociétés commerciales sont soumis à une obligation fiduciaire envers les actionnaires, l'entreprise et l'ensemble des parties prenantes d'agir de bonne foi. Elle n'exige que le bon accomplissement de formalités, plus ou moins contraignantes, exigées par la pratique du secteur d'activité. L'exigence de *due diligence* impose seulement à son destinataire de prendre les mesures qui paraissent raisonnablement appropriées pour que la règle visée ne soit pas violée. Elle permet alors à l'entreprise de se dégager de sa responsabilité. La *due diligence* est donc, avant tout, un processus visant à introduire une dimension de prudence, à travers la réalisation d'un audit préalable ou de contrôles divers, dans la prise de décision, vis-à-vis de facteurs extérieurs. Elle doit être intégrée au processus de décision lui-même au stade d'un « audit préalable » des activités de l'entreprise et se développant ensuite comme une « obligation de vigilance ».

C'est la même idée qui reste sous-jacente aux règles de droit en matière environnementale, lorsqu'elles existent³¹².

312. Ainsi par exemple voir pour l'Allemagne, l'article 831 BGB; le Canada, l'article 99 (5) de la loi sur les évaluations environnementales 2012; en France: l'article L 162-3 du Code de l'environnement et l'article L225-102-1 du Code de commerce; aux Etats-Unis voir le *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* (1980); au Ghana, l'article 107 (2) de la loi sur les mines et les minéraux (2006), en Inde, l'article 16 (1) de la loi sur la protection de l'environnement (1986) ou assez récemment au Nigeria l'article 27 (4) du *National Environmental Standards and Regulations Enforcement Agency Act*, 2007.

295. Les Principes directeurs des Nations Unies invitent les entreprises transnationales à considérer que la responsabilité de respecter les droits de l'homme n'est pas limitée à la conformité avec les dispositions du droit national. Elle existe au-delà du respect de la légalité et constitue une norme mondiale de conduite attendue, applicable à toutes les entreprises, dans toutes les situations. C'est pourquoi la norme mondiale de conduite attendue est celle des plus importantes conventions internationales des droits de l'homme en vigueur, bien au-delà de celles en vigueur dans l'Etat hôte. Si une STN exploite les travaux des enfants de douze ans ou a des pratiques ouvertement discriminatoires envers les femmes, ou encore détruit systématiquement l'environnement, toute défense formelle fondée sur la norme permissive de l'Etat hôte ne servira plus à rien. Tout le monde jugera – et, au-delà du droit, il s'agira d'un jugement moral – le comportement de l'entreprise sur la base des normes mondiales les plus connues, la Charte internationale des droits de l'homme. Car, comme l'ont observé Henry Steiner, Philip Alston et Ryan Goodman :

«A little more than sixty years after the human rights movement was born out of the disaster of the Second World War, human rights norms and institutions deeply inform the rhetoric, practice and theory of International Law and Politics . . . Although the frailties of human rights as ideal or ideology or as State practice are evident, that ideal has become part of modern consciousness, a lens through which to see the world, a universal discourse, a potent aspiration.»³¹³

C'est dans l'ordre juridique international, donc, qu'il faut se placer pour entendre la signification de la *due diligence* en matière de droits de l'homme tant pour les Etats que pour les entreprises.

C'est à partir de ces normes les plus fondamentales qu'il faut extraire les standards auxquels les entreprises transnationales sont tenues, du moins, aux yeux de la «société civile». On est donc dans le cadre de l'«*accountability*»³¹⁴ de la STN et non dans celui formel

313. H. Steiner, P. Alston et R. Goodman, *International Human Rights in Context. Law, Politics and Morals*, 3^e éd., Oxford, OUP, 2007, p. v.

314. La définition proposée par S. Tully (introduction, S. Tully (dir. publ.), *International Corporate Legal Responsibility*, Kluwer Law International, 2012, p. 27) est pertinente :

«Accountability implies a measure of answerability (providing an account for actions taken) and enforceability (punishment or sanctions for poor performance or illegal conduct). It is concerned with identifying the duties of corporations to

de l'« *international responsibility* »³¹⁵. Qu'il soit permis ici de rappeler que lorsque M. Ruggie parle, dans ses rapports, de « responsabilité de respecter » à la charge des entreprises, il utilise un langage équivoque, car il ne fait pas référence à une notion de « responsabilité » au sens strictement juridique, ni de droit interne ni de droit international³¹⁶. En revanche, pour lui, pour les entreprises, il ne s'agit que d'une « *societal expectation* », autrement dit, d'une attente des autres parties prenantes vis-à-vis de la STN.

b) *Sphère d'influence et complicité*

296. Afin de déterminer les mesures appropriées à prendre pour remédier aux incidences, l'entreprise doit examiner les questions suivantes (Principe directeur des Nations Unies n° 19) :

- si elle est la cause d'une incidence négative ou si elle y contribue, ou si elle n'est concernée que du fait que l'incidence est directement liée à ses activités, produits ou services en raison d'une relation d'affaires ; et
- le renforcement de son influence pour atténuer les incidences négatives.

En bref, l'entreprise doit évaluer, faire cesser ou prévenir l'effet défavorable, pour remédier aux incidences négatives effectives produites. On considère qu'il y a influence lorsque l'entreprise a la capacité d'apporter des changements aux pratiques illicites d'une entité qui cause un préjudice. Si l'entreprise a une influence, elle doit l'exercer, sinon, elle doit rechercher des moyens de l'accroître, par exemple, en offrant un renforcement des capacités ou d'autres incitations à l'entité connexe, ou en collaborant avec d'autres acteurs pour influencer le comportement de la partie qui est à l'origine de l'incidence (Principe directeur n° 19). Une entreprise doit remédier à toutes ses incidences sur les droits de l'homme. Toutefois, il est jugé acceptable, au besoin,

account to society for their actions. Corporate accountability does not necessary require regulatory change but rather than corporations are obliged to provide more operational information. Corporate responsibility by contrast implies more affirmative obligations concerning proper corporate conduct.»

315. Voir les observations présentées *supra* p. 91.

316. Comme le relève M. Y. Kerbrat, dans « La responsabilité des entreprises peut-elle être engagée pour des violations du droit international? », dans H. Gherari et Y. Kerbrat (dir. publ.), *L'entreprise dans la société internationale*, Pedone, 2010, p. 95. En effet, M. Ruggie n'est pas un juriste mais un expert de sciences politiques qui utilise souvent des catégories de cette discipline au-delà (ou en deçà) de la rigueur du droit.

de classer par ordre de priorité les mesures visant à remédier aux incidences. Lorsqu'il est nécessaire de conférer un ordre de priorité aux mesures pour remédier aux incidences négatives sur les droits de l'homme, les entreprises doivent commencer par prévenir et atténuer les atteintes les plus graves ou celles auxquelles tout retard d'intervention donnerait un caractère irrémédiable (Principe directeur n° 24).

297. Encore, faut-il observer que, les considérations proposées par le professeur Ruggie aux concepts de « sphère d'influence » et de « complicité » des entreprises, n'avancent pas beaucoup la réflexion par rapport aux critiques développées lors de discussions autour de l'adoption des Normes sur la responsabilité en matière des droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises de 2003.

298. Représenté sous forme de cercles concentriques, le concept de sphère d'influence reste un concept vague, particulièrement débattu mais juridiquement fort imprécis. Une STN active à l'étranger qui aurait les moyens d'empêcher des violations des droits humains (mais qu'elle ne commet pas elle-même) doit-elle être contrainte d'agir? Quid du concept de complicité, également de première importance, notamment sous l'angle de la participation indirecte à des violations de droits humains via des intermédiaires? Il s'agit de notions qui, juridiquement, ne sont pas uniformes à l'échelle mondiale; elles ne se trouvent précisées que par le droit pénal des différents Etats³¹⁷.

299. Or, il nous semble qu'à ce propos, les Principes directeurs de l'OCDE adoptés en 1997, puis révisés en 2000 et en 2011, n'ont pas apporté plus de précision à ce propos³¹⁸. La nouvelle partie IV des dits Principes directeurs OCDE prévoit que les entreprises devraient

« [E]laborer une politique formulant leur engagement à respecter les droits de l'homme. Exercer une diligence raisonnable en matière de droits de l'homme, en fonction de leur taille, de la nature et du contexte de leurs activités et de la gravité des risques d'incidences négatives sur ces droits. »

Les commentaires, reproduits dans le même document, précisent qu'il appartient aux

317. Voir, à ce propos, les perplexités, également légitimes, du Directeur juridique du groupe *Total*, M. P. Herbel, « Les attentes des entreprises », dans *La responsabilité des entreprises multinationales en matière des droits de l'homme*, sous la direction de E. Decaux, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 151.

318. OCDE, *Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Editions OCDE, 2011.

«entreprises d'exprimer leur engagement à respecter les droits de l'homme par une déclaration qui ... définisse les attentes en matière de respect des droits de l'homme de la part du personnel, des partenaires commerciaux et d'autres parties directement associées aux activités, biens ou services de l'entreprise».

Autrement dit, au-delà du droit pénal, la sphère d'influence et la complicité ne sont que des avatars.

300. Il reste que l'expression «sphère d'influence» a été introduite dans ce domaine par le Pacte mondial des Nations Unies en 2000. Celui-ci «invite les entreprises à adopter, soutenir et appliquer dans leur sphère d'influence un ensemble de valeurs fondamentales, dans les domaines des droits de l'homme, des normes de travail et de l'environnement, et de lutte contre la corruption»³¹⁹.

301. De même les normes ISO 26000 se réfèrent aussi, à plusieurs reprises, à la notion de sphère d'influence. La sphère d'influence est définie par la norme ISO 26000 comme «un domaine, des relations politiques, contractuelles ou économiques à travers lesquelles une entreprise peut influencer les décisions ou les activités d'autres entreprises ou de personnes individuelles»³²⁰. Elle désigne l'exercice d'un pouvoir entendu comme la capacité pour une entreprise d'orienter les conduites et l'activité des autres, sans toutefois remettre en cause leur autonomie juridique.

302. Bref, la notion de sphère d'influence permet de visualiser un contrôle de l'influence par cercles concentriques et donc suggère une gradation dans l'influence : plus le tiers est proche du noyau, plus il est sous influence, et plus ledit noyau peut être regardé comme moteur de son action.

Ainsi, au premier niveau l'on trouve les travailleurs ; après on a la chaîne des sous-traitants ; un peu plus loin on a les consommateurs ; au quatrième niveau l'on trouve les communautés locales jusqu'aux pouvoirs publics.

303. Cependant, on est encore loin de traduire ces cercles concentriques dans une responsabilité juridique de *hard law* qui soit acceptée en droit international comme en droit interne au vu de la loi

319. Voir le texte du Pacte mondial des Nations Unies sur le site <http://www.un.org/fr/globalcompact/principles.shtml>.

320. ISO 26000, Guidance on Social Responsibility, ISO/TMB WG SR, 4 septembre 2009.

applicable d'un Etat quelconque³²¹. Le droit pénal de chaque Etat fait ici comme il veut.

304. La notion de «sphère d'influence» donc, en pratique, va se traduire dans le «champ d'application» de la *due diligence*; c'est un outil de gestion finalisé permettant d'établir un périmètre de l'activité de l'entreprise où exercer, en fonction de la distance du noyau, une plus grande (ou petite) vigilance vis-à-vis de facteurs extérieurs pour minimiser le risque de violations des droits de l'homme.

Ce périmètre de la sphère d'influence est aussi celui des codes de conduite des entreprises transnationales dont on parlera par la suite.

321. Le droit national des pays européens utilise déjà, mais pour des finalités bien spécifiques, la notion d'influence. Ainsi, par exemple, dans la consolidation (dont à l'article L-233-16 du Code de commerce français) qui évoque le fait que la consolidante exerce «une influence notable» sur la filiale. Cette «influence» peut procéder d'un contrat ou de clauses statutaires et retient que «l'influence notable sur la gestion et la politique financière d'une entreprise est présumée lorsqu'une société dispose, directement ou indirectement, d'une fraction au moins égale au cinquième des droits de vote de cette entreprise».

CHAPITRE III

LES CODES DE CONDUITE INCARNANT LA «RESPONSABILITÉ SOCIÉTALE DES ENTREPRISES TRANSNATIONALES» (CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY)

305. Que l'on pense – parmi d'autres – au phénomène des *maquiladoras* (situées dans des zones franches)³²², où des violations des droits humains (droits syndicaux et droit à la vie en particulier) sont fréquemment dénoncées ou encore, à celui de la privatisation de l'eau ou encore à des *military companies* dans certains pays où de mauvais traitements ont également été dénoncés, dans le milieu des entreprises il y a eu plusieurs tentatives de mettre un peu d'ordre dans ce domaine face à l'impuissance des Etats. Car l'anarchie ne bénéficie à personne, surtout pas aux entreprises qui ont besoin de la stabilité et de la prévisibilité du droit pour conduire leurs affaires.

En effet, de nombreux «accidents industriels» survenus dans plusieurs parties du monde (catastrophes environnementales, scandales comportementaux, suicides de salariés, conflits de gouvernance) ont mis en évidence, pour ceux qui en douteraient encore, le bien-fondé de la RSE.

306. De même, il est aussi significatif que des sociétés comme Nike, Nestlé, Shell, Yahoo, ont eu un véritable engouement pour le développement de codes de conduite incarnant leur responsabilité sociétale³²³. Ainsi, au cours des quinze dernières années, la prise en compte des dimensions sociales, sociétales, environnementales et de gouvernance a fait des progrès dans le secteur privé.

322. A l'origine, ce mot était associé au processus du fraisage. Au Mexique, il est aujourd'hui associé au processus d'assemblage de composants importés et à l'exportation des produits finis. Les entreprises américaines ont installé des usines d'assemblage dans ce pays et bénéficient de nombreux avantages. Elles sont, en effet, autorisées à importer les composants et la matière première, les assembler puis les réexporter sans payer de taxes. Aujourd'hui, les *maquiladoras* sont présentes au Mexique et en Amérique centrale. Elles attirent les investisseurs pour leur main d'œuvre pas chère, le peu de régulation concernant les lois sur le travail et l'environnement ainsi que la faible taxation. Les produits fabriqués sont principalement des vêtements, des biens électroniques, des pièces automobiles, etc., voir <http://www.maquilasolidarity.org/francais/maquila.htm>.

323. J. G. Ruggie, *Just Business. Multinational Corporations and Human Rights*, *op. cit.*, p. 68.

307. La RSE est, en réalité, une forme de « responsabilité » globale suppléant à l'impossibilité d'agréer des règles de *hard law* au niveau du droit international interétatique positif. En effet, l'absence d'un cadre interétatique contraignant a amené de nombreuses entreprises à développer et adopter des engagements volontaires prenant la forme de chartes éthiques, de codes de conduite, de principes directeurs, de pactes ou encore de normes certifiables³²⁴.

308. Si la législation du droit du travail et du droit de l'environnement des différents Etats était en ligne avec les standards internationaux et si l'Etat hôte faisait respecter ses normes de droit social et environnemental, l'espace de la RSE serait bien réduit. Or, en réalité, la RSE se développe précisément parce que les droits nationaux du travail ou de l'environnement sont devenus largement inefficaces pour régler les relations de travail ou la protection de l'environnement sur le territoire. Si l'Etat n'arrive pas à faire respecter ses lois du travail et de l'environnement dans son territoire, il est inutile d'attendre des solutions de droit international car l'effectivité de la règle de droit sur le territoire reste dans les mains de chaque Etat. Alors, si un Etat « laisse faire », on arrive rapidement à une « *race to the bottom* », une concurrence normative vers la baisse qui, de façon paradoxale, permet aux entreprises transnationales de s'implanter là où ça leur convient : c'est le *shopping* du droit national rendu possible par chaque Etat et souvent nécessaire aux besoins de développement économique.

309. La situation de la RSE dans le système juridique de l'Etat hôte est donc différent.

Dans les pays développés où les normes sociales et environnementales sont appliquées, la RSE se situe à côté de ces normes et devient un instrument de mesure de la performance sociale et environnementale.

324. Sur ces questions voir entre autres : I. Desbarats, *Codes de conduite et chartes éthiques des entreprises privées, regard sur une pratique en expansion*, JCP, éd. E, 2003. I. 112 ; D. Berra, « Les chartes d'entreprise et le droit du travail », dans *Mélanges M. Despax*, 2002, p. 125 ; B. Oppetit, « Ethique et droit des affaires », dans *Mélanges A. Colomer*, Litec, 1993, p. 319 ; G. Farjat, « Réflexion sur les codes de conduite privés », dans *Mélanges Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 47 et ses « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés », dans J. Clam et G. Martin (dir. publ.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 151 ; P. Deumier, « Chartes et codes de conduite des entreprises : les degrés de normativité des engagements éthiques », *RTD civ.* 2009, p. 77 ; B. Frydman et G. Lewkowicz, « Les codes de conduite : source du droit global ? », dans Y. C. Artuyvels *et al.* (dir. publ.), *Les sources du droit revisitées*, Bruxelles, Presses des facultés universitaires de Saint-Louis, 2013. Pour une analyse des codes de conduite en tant que composants de la nouvelle *lex mercatoria* voir F. Marrella, « La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale », dans F. Galgano (dir. publ.), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padoue, Cedam, 2003, p. 731 ss.

Dans les pays en développement, très souvent, la RSE s'exerce en l'absence d'un droit national suffisant ou effectif, s'accompagnant d'un environnement juridique où la corruption se substitue à l'Etat de droit. Donc, la RSE devient le seul instrument juridique effectif pour protéger les droits sociaux et environnementaux.

310. Dans ce contexte, donc, il faut apprécier le fait que la RSE correspond à un effort de la part des entreprises transnationales de respecter plus de droits, y compris les droits de l'homme, de ceux, en matière sociale et environnementale, qui sont effectivement en vigueur dans l'Etat territorial³²⁵.

311. Le phénomène n'est pas nouveau et il y a eu plusieurs générations de codes de conduite. Au niveau des orientations générales de comportement, il existe un certain nombre de sources différentes.

Les normes relatives aux droits de l'homme et les mécanismes d'autorégulation des entreprises peuvent se compléter et étayer les mécanismes volontaires de RSE d'au moins deux façons. Tout d'abord, les règles de droit international des droits de l'homme fournissent un ensemble universel de normes applicables à toutes les entreprises, partout et en tout temps.

Ensuite, au-delà des « bonnes pratiques » commerciales, les normes relatives aux droits de l'homme donnent des repères pour le contrôle des abus commis par les entreprises et pour le renforcement de la « diligence raisonnable » des procédures.

312. Faute de place, nous ne pouvons pas traiter tous les instruments développés par toutes les STN.

En revanche, dans cette partie de notre cours nous allons étudier les principaux moyens dont les STN (privées) se sont dotés pour respecter les droits de l'homme au-delà de toute règle de droit international positif ou de droit étatique applicable (A) pour en évaluer ensuite leur efficacité (B).

325. D'après M. J.-C. Najjar, « La responsabilité sociale de l'entreprise », dans *Arch. Phil. droit*, 2013, p. 296 :

« La RSE est un élément d'une bonne gouvernance d'entreprise (*corporate governance*) et fait partie, à ce titre, d'une démarche citoyenne et non pas seulement commerciale de l'entreprise (*corporate citizenship*). Elle comprend entre autres les programmes de conformité (*compliance*), qui reposent sur des piliers de valeurs (éthiques) et de règles contraignantes, piliers issus des lois et réglementations applicables. Dans une entreprise qui a incorporé une telle démarche, c'est un ensemble qui mélange le juridique et le réglementaire, le concret et les valeurs. »

*A. Les codes de conduite incarnant
la «responsabilité sociétale de l'entreprise»*

313. La responsabilité sociale des entreprises (RSE) désigne l'intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes.

314. Cette intégration peut notamment se faire par l'adoption volontaire de codes de conduite au travers desquels les STN s'engagent à appliquer, dans la conduite de leurs activités commerciales, divers principes et normes de comportement. Elle peut également découler de la «ratification», toujours sur une base volontaire, de normes de comportement établies au niveau international par différents acteurs tels que l'Organisation des Nations Unies, la Banque mondiale, l'OCDE ou encore l'ISO.

315. Il est indéniable que ces mécanismes ont un impact significatif sur les activités des STN. Ces entreprises ont en effet un intérêt manifeste à montrer leur engagement en faveur des droits de l'homme, que ce soit pour améliorer leur réputation auprès des consommateurs ou pour réduire les risques de grèves, de protestations et les campagnes de boycott.

316. Tant les codes de conduite que les normes internationales de comportement restent néanmoins des mécanismes de *soft law* qui peuvent, en tant que tels, difficilement être invoqués pour fonder la responsabilité juridique d'une entreprise³²⁶. Leur succès dépendra ainsi dans une large mesure de la sincérité des entreprises qui y ont souscrit, ainsi que de la vigilance de la société civile et des consommateurs.

317. A ce propos, il n'est pas inutile de rappeler que déjà Adam Smith avait souligné les inconvénients qu'il pouvait y avoir de confier complètement au marché le soin d'édicter les règles à respecter. D'après le père fondateur de l'économie politique :

«Cependant l'intérêt particulier de ceux qui exercent une branche particulière de commerce ou de manufacture est toujours à quelques égards, différent et même contraire à celui du public ... Toute proposition d'une loi nouvelle ou d'un règlement de commerce, qui vient de la part de cette classe de gens, doit toujours être reçue avec la plus grande méfiance, et ne jamais être adoptée

326. K. Martin-Chenut et R. de Quenaudon, *La RSE saisie par le droit. Perspective interne et internationale*, Paris, Pedone, 2016.

qu'après un long et sérieux examen, auquel il faut apporter, je ne dis pas seulement la plus scrupuleuse, mais la plus soupçonneuse attention. »³²⁷

Les limites de cette approche éthique ont progressivement fait apparaître comme nécessaires la mise en place de mécanismes plus contraignants, aptes à engager la responsabilité juridique d'une entreprise, ce tant au niveau national qu'international.

318. Il a d'ailleurs été observé, à juste titre, que l'objectif de ces règles déontologiques pouvait être tout simplement de prévenir l'édiction d'une réglementation étatique jugée trop sévère par la profession. D'une manière générale, le sentiment qui anime l'exercice d'une profession conduit rarement à l'adoption de codes de conduite plus sévères que le droit étatique³²⁸.

319. Or, il y a plusieurs types de codes :

- Codes d'entreprises (comme Shell, Phillips, Levi Strauss, etc.);
- Codes d'associations commerciales (comme le Code de l'ICC, British Toy and Hobby Association, Bangladesh Garments Headquarters and Expatriates Association, Kenya Flower Council, etc.);
- Codes de toutes les parties prenantes (comme Accountability 1000, good corporation.com Project Sigma UK, Ethical Trading initiatives UK, Apparel Industry Partnership USA, Social Accountability 8000);
- Codes intergouvernementaux (comme les Principes directeurs de l'OCDE pour les entreprises multinationales, la Déclaration et les Conventions de l'OIT, etc.).

Ces codes ont une nature juridique (1), une portée (2) et une finalité inégale (3) comme on le verra dans un instant.

1. Distinction selon la source

320. L'origine des initiatives incarnant la RSE est assez variée : certaines sont ancrées au sein d'organisations internationales ; d'autres ont été lancées par des gouvernements ; certaines regroupent différentes parties prenantes (initiatives multiparties prenantes qui regroupent

327. A. Smith, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, livre I, chapitre XI, conclusion, tome 1, GF Flammarion, n° 598, 1991, p. 336.

328. F. Osman, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. », *RTD com.* 1995, n° 10, p. 515 ; H. Aubry, « Réflexions sur l'évolution de la déontologie en droit des affaires », *D.* 2009, p. 254 ; C. Malecki, *Responsabilité sociale des entreprises*, *op. cit.*, p. 18 ss.

entreprises, gouvernements, ONG, syndicats), certaines sont menées par les seules entreprises, et d'autres concernent des secteurs d'activité spécifiques.

321. Parfois, ces initiatives se traduisent dans l'élaboration d'un code de conduite. A ce propos, on a pu observer que

«les auteurs des instruments de guidance législative ou contractuelle savent – et souvent ont choisi – ne pas être en situation d'émettre ou de formuler des règles pourvues d'un caractère obligatoire susceptibles de s'imposer directement à leurs destinataires ... Au contraire les destinataires des règles de conduite ou de comportement comprises dans les codes de conduite privés sont avant tout incités à adopter directement dans leurs activités les comportements indiqués sans passer par la médiation d'une règle devenue formellement obligatoire»³²⁹.

322. Autrement dit, la RSE est souvent l'objet de déclarations à caractère politique émises dans un cadre international, européen ou national. En revanche, la RSE ne fait l'objet d'aucune convention internationale spécifique. Au contraire, ce sont les entreprises qui, par initiative volontaire ont adopté dans leurs chartes et codes de conduite, différentes normes internationales produites par les Etats ou les organisations internationales.

323. Il est donc très important de distinguer les codes de conduite selon leur source. Dans une première catégorie peuvent être rangés les codes de conduites rédigés par les autorités gouvernementales nationales (*a*); ensuite il y a les codes rédigés par des organisations intergouvernementales (*b*). Dans une troisième catégorie, il faut placer les codes de conduite d'origine non nationale ni intergouvernementale; il s'agit des codes de conduite élaborés au niveau de la *lex mercatoria* par des sujets privés. Ils comprennent les codes collectifs (*c*) comme les codes individuels (*d*).

a) La prolifération des codes de conduite de RSE émanant d'Etats et d'organisations internationales

324. Ce n'est évidemment pas ici lieu de proposer une étude exhaustive des codes de conduite de source étatique, interétatique, et non étatique. Il sera opportun, en revanche, de mettre en évidence

329. J.-M. Jacquet, P. Delebecque et S. Corneloup, *Droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 71.

certaines des différences entre les typologies de codes de conduite afin de réfléchir sur leur nature et sur leur rôle en droit du commerce international contemporain.

i) *Les codes de conduite élaborés par les Etats mais adressés aux entreprises*

325. Dans cette sous-catégorie, il est possible de distinguer les codes de conduite prédisposés par les Etats et ayant pour objet l'activité de leurs propres organes ou des sociétés ayant leur siège social sur leur propre territoire. Il s'agit des codes de conduite à usage interne de l'Etat tels que les codes adressés aux organes administratifs.

326. Une autre espèce de codes de conduite est constituée par les codes que l'Etat adresse aux entreprises avec des caractéristiques déterminées et qui ont leur siège légal sur leur propre territoire. Le code des *Model Business Principles*, rédigé en 1995 par l'administration Clinton et destiné à devenir un code de comportement volontaire pour les multinationales américaines à l'étranger, appartient à cette catégorie³³⁰.

327. Malgré le rappel à la *business ethics*, qui apparaît dans ces codes, il convient de remarquer qu'il ne s'agit que de déclarations rendues pour faire taire les polémiques qui entourent les activités des multinationales. On ne peut donc attribuer une grande importance juridique à ces codes dans la mesure où ils ne sont pas l'expression de l'éthique des affaires, mais qu'ils représentent seulement des indications non contraignantes adressées par l'Etat à certaines catégories d'entreprises. En conclusion, sauf quelques exceptions, le terrain de prédilection des codes de conduite n'est pas le terrain intérieur à l'Etat, mais celui des Organisations intergouvernementales (OIG) en matière économique.

328. Il en va différemment lorsque l'Etat, dans l'exercice de sa compétence d'édiction des normes impose aux entreprises de se doter d'un code de conduite³³¹. L'exemple est la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire. Ici, il s'agit d'une loi qui impose la mise en

330. Voir A. Perulli, *Diritto del lavoro e globalizzazione. Clauseole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Padoue, Cedam, 1999, p. 265 s.

331. K. Hopt, «Comparative Corporate Governance: The State of the Art and International Regulation», *The American Journal of Comparative Law*, 2011, p. 1 ss.

place d'un code de gouvernance d'entreprise en appliquant le principe « *comply or explain* »³³² à l'avantage de la transparence.

ii) *Les codes de conduite élaborés par des organisations intergouvernementales*

329. Le droit international économique connaît largement le rôle des codes de conduite interétatiques dans la discipline effective des relations internationales³³³.

330. Emanant d'organisations intergouvernementales, ces codes de conduite préconisent ou souhaitent le respect par les entreprises multinationales d'un certain nombre de règles élémentaires dans l'exercice des activités menées à l'échelon mondial par l'ensemble des sociétés du groupe, sans affronter directement pour autant la question de la responsabilité encourue en cas de violation.

331. En premier lieu, il s'agit des codes de conduite sur les entreprises multinationales et sur le transfert de technologie de la CNUCED³³⁴. Il y a aussi, parmi d'autres, un code de l'ONU, en matière de contrôle des pratiques commerciales internationales restrictives auxquelles renvoie la littérature en matière de droit de la concurrence.

332. L'efficacité de ce type de codes a été critiquée en doctrine car ces codes de conduite demeurent encore au stade des discussions et il est douteux qu'ils reçoivent avant longtemps la sanction du droit positif.

333. Cependant, la promotion de la RSE a véritablement débuté avec l'adoption des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales. Ces Principes directeurs constituent avec la Déclaration de principes tripartite de l'OIT (1977) et le Pacte mondial des Nations Unies les trois principaux instruments d'orientation sur

332. B. Fasterling et J.-C. Duhamel, «Le *comply or explain*: la transparence conformiste en droit des sociétés», *Rev. int. de droit économique*, 2009/2, p. 129 :

«Ce mécanisme est tout aussi simple qu'astucieux: contraindre les sociétés à communiquer sur l'application qu'elles opèrent d'un code de bonne conduite en matière de gouvernance d'entreprise, et à se justifier des écarts aux dispositions de ce code. Ce faisant, il combine des principes de bonne conduite facultatifs et un régime de communication d'ordre public.»

333. D. Carreau et F. Marrella, *Droit international, op. cit.*, p. 237 ss.

334. Voir Y. Daudet et R. Bizac, *Un code de conduite pour le transfert de technologie*, Economica, 1980; A. Yusuf, «L'élaboration d'un code de conduite pour le transfert des technologies: bilan et perspectives», *RGDIP*, 1984, p. 781 ss; M. Bettati, «Réflexions sur la portée du Code international de conduite pour le transfert de technologie: éloge de l'ambiguïté», dans *Etudes Colliard*, Paris, Pedone, 1984, p. 83 ss; E. Decaux, «La forme et la force obligatoire des codes de bonne conduite», dans *AFDI*, 1983, p. 81 ss.

la RSE jouissant d'une reconnaissance officielle et universelle, même s'ils n'ont pas de caractère contraignant.

a. *Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales comme code de conduite*

334. L'OCDE a beaucoup travaillé sur la transparence et l'éthique dans les affaires internationales. Son travail s'est concrétisé par l'adoption de règles de conduite à tenir aussi bien à destination des Etats que des entreprises multinationales.

335. En premier lieu, l'OCDE a élaboré des règles de conduite relatives aux mouvements de capitaux, échanges de services et investissements internationaux, en s'appuyant sur les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination: le Code de libération des mouvements de capitaux et le Code de libération des opérations invisibles courantes (services liés au commerce, à l'industrie, au commerce extérieur, aux transports, aux assurances, au cinéma, à la télévision et au tourisme), assimilables à des décisions, ont une valeur contraignante pour les Etats membres, d'autant plus que ces derniers doivent démontrer à l'Organisation qu'ils les appliquent correctement, même s'il n'existe pas de moyens de sanctions. Il s'agit en l'occurrence pour les Etats de ne pas renforcer les restrictions existantes (clause de «consolidation») et au contraire, de tendre vers la libération progressive des mouvements de capitaux.

336. En deuxième lieu, l'OCDE a élaboré des codes de conduite pour les entreprises multinationales. L'histoire de ce code commence en 1976, lorsque la Déclaration de l'OCDE sur l'investissement international et les entreprises multinationales pose les grands principes de l'investissement international à destination des firmes multinationales: il s'agit de favoriser leur apport dans le progrès économique et social et d'éviter les difficultés issues de leur mode de fonctionnement.

337. Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales ont été mis à jour plusieurs fois, la dernière révision datant de mai 2011. Ces principes constituent un ensemble de recommandations, à caractère volontaire (et donc non contraignant *per se*)³³⁵, aux entreprises multinationales dans tous les principaux

335. J. Karl, «The OECD Guidelines for Multinational Enterprises», dans M. Addo (dir. publ.), *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*, Kluwer Law International, La Haye, 1999, p. 89.

domaines de l'éthique des entreprises, y compris, plus récemment, les droits de l'homme et la lutte contre la corruption. Autrement, ils concernent l'emploi et les relations avec les partenaires sociaux, l'environnement, la divulgation d'informations, les intérêts des consommateurs, la science et le transfert de technologie, la concurrence et la fiscalité³³⁶.

338. Un rapport annuel rend compte des actions entreprises à la lumière de ces principes par les gouvernements adhérents. Les Principes directeurs ont été adoptés par les trente-quatre Etats membres de l'OCDE ainsi que par des pays non membres de l'OCDE comme le Brésil, le Pérou, le Maroc et l'Egypte.

339. Ils s'adressent aux entreprises multinationales opérant sur le territoire des gouvernements adhérents, ou originaires de ceux-ci, essentiellement à travers des Points de contact nationaux (voir *infra*, partie III de ce cours), qui sont des instances chargées de promouvoir les Principes directeurs et de répondre aux demandes de renseignements dans le contexte national.

340. Cependant, ces Principes directeurs restent dans le cadre de la *soft law* car ils sont un ensemble de recommandations que les gouvernements adressent aux entreprises multinationales. Ils énoncent des normes volontaires de comportement «responsable» des entreprises : les gouvernements ne se sont engagés qu'à promouvoir leur application et à faire en sorte qu'ils influent sur le comportement des entreprises qui exercent des activités sur leur territoire ou à partir de celui-ci. Par conséquent, ces normes de comportement ne peuvent être que *volontairement acceptées* par les entreprises. Dans un chapitre IV intitulé «Droits de l'homme», les Principes de l'OCDE s'inspirent largement des Principes directeurs des Nations Unies de 2011 et insistent sur la *due diligence* des entreprises lesquelles devront

336. Concernant ce dernier point et la lutte contre l'évasion fiscale, l'OCDE propose un modèle de convention fiscale bilatérale, entre Etats. Si l'objet premier du modèle est d'éviter la double imposition d'une entreprise, il établit également une obligation d'échanger des renseignements pour l'application d'une convention fiscale ainsi que pour la gestion et l'application des législations fiscales nationales des Etats contractants. C'est un élément important de lutte contre l'évasion fiscale, or la participation aux ressources de l'Etat d'implantation de l'entreprise est une part essentielle de sa responsabilité à l'égard de la société. Voir A. Fatouros, «Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales : perspectives actuelles et possibilités futures», dans *Etudes en l'honneur de Pierre Lalive*, 1993, p. 231; J.-Y. Trochon et F. Vincke (dir. publ.), *L'entreprise face à la mondialisation. Opportunités et risques*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 269 ss; F. Latty, «L'OCDE et l'encadrement juridique de l'investissement», dans P. Daillier, G. de la Pradelle et H. Ghérari (dir. publ.), *Droit de l'économie internationale*, Paris, Pedone, 2004, p. 728.

«exercer une diligence raisonnable en matière de droits de l'homme, en fonction de leur taille, de la nature et du contexte de leurs activités et de la gravité des risques d'incidences négatives sur ces droits» (par. 10). De même, les entreprises devront : «Etablir des mécanismes légitimes ou s'y associer afin de remédier aux incidences négatives sur les droits de l'homme lorsqu'il s'avère qu'elles en sont la cause ou qu'elles y ont contribué» (par. 6).

341. Les droits fondamentaux au travail ne sont pas compris dans le chapitre IV sur les droits de l'homme et forment l'objet du chapitre V des Principes OCDE. Ici, on songe tout particulièrement à :

- la liberté d'association, le droit de négociation collective et le droit à la participation et la consultation des travailleurs ;
- l'abolition effective du travail des enfants ;
- l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire ;
- la non-discrimination en matière d'emploi et de profession.

Les entreprises sont aussi invitées à prendre les mesures nécessaires afin d'assurer, dans leurs activités, la santé et la sécurité du milieu du travail, étant entendu que celles-ci sont tenues «d'observer des normes aussi favorables que celles qui sont observées par des employeurs comparables dans le pays d'accueil»³³⁷.

342. Mieux structurées, les règles de gestion environnementale forment l'objet du chapitre VI des Principes OCDE. Ici il s'agit d'évaluer, en temps utile, les informations relatives aux effets potentiels des activités de l'entreprise sur l'environnement, la santé et la sécurité ; de fixer les objectifs mesurables concernant l'amélioration des performances environnementales ainsi que de prévoir l'organisation d'un examen périodique de la pertinence de ces objectifs. Enfin, il est recommandé d'observer un suivi et un contrôle régulier des progrès réalisés dans la poursuite des objectifs généraux et spécifiques en matière d'environnement, de santé et de sécurité.

Au fond, il s'agit de mettre en pratique le principe de précaution, bien connu en droit international de l'environnement, au niveau de la gestion de l'entreprise³³⁸. C'est pourquoi il appartient à chaque entreprise de prévenir ou réduire les menaces de dommages graves

337. OCDE, Principes directeurs, *op. cit.*, chapitre V, paragraphe 4 a) et commentaire, p. 42-43.

338. ONU, *Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement*, Rio de Janeiro, Brésil 3-14 juin 1992 ; F.-G. Trébulle, « Le risque, clef du développement durable des sociétés », *Droit des sociétés*, 2010, n° 8-9, p. 6-9.

pour l'environnement, la santé et la sécurité car « l'absence de certitude scientifique absolue » ne doit pas autoriser à remettre à plus tard la prise de ces mesures.

b. *La Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales de l'OIT*

343. Depuis sa constitution en 1919, au lendemain de la Première Guerre mondiale, l'Organisation internationale du travail (OIT) a pour mission de promouvoir la justice sociale et les droits internationalement reconnus de la personne humaine au travail, d'encourager la création d'emplois décents et de renforcer le dialogue social dans la gestion des problèmes liés au monde du travail³³⁹.

344. La Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales de l'OIT adoptée en 1977, et amendée deux fois (en 2000 et 2006), est destinée à guider les gouvernements, les entreprises multinationales, les employeurs et les travailleurs dans des domaines tels que l'emploi, la formation, les conditions de travail et de vie et les relations professionnelles. Ses dispositions s'appuient sur une série de conventions et de recommandations internationales élaborées au sein de l'OIT et que les partenaires sociaux sont priés d'appliquer. Il y a un certain consensus, du moins en doctrine, pour dire que l'instrument clé du travail de l'OIT est la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail de 1998, par laquelle est réaffirmé l'engagement des Etats à respecter et à promouvoir les quatre « normes fondamentales du travail » :

- la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective (Conventions 87 et 98) ;
- l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire (Conventions 29 et 105) ;
- l'abolition effective du travail des enfants (Conventions 138 et 182) ;
- et l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession (Conventions 100 et 111).

Le respect du noyau dur des normes de l'OIT est désormais considéré comme un aspect essentiel de la RSE. Toutefois, la Déclaration n'a pas de valeur contraignante pour les entreprises. Elle possède uniquement

339. F. Maupain, « L'OIT, la justice sociale et la mondialisation », *Recueil des cours*, tome 278 (1999), p. 201-396.

une valeur morale : elle fixe un paramètre internationalement reconnu de *soft law* auquel les entreprises sont invitées à se conformer.

c. *Le Pacte mondial de l'ONU*

345. Dans l'introduction de ce cours nous avons déjà parlé du Pacte mondial de l'ONU. Sur le plan mondial, les Nations Unies ont appelé les entreprises à être « responsables » et à faire leur part dans la réalisation des objectifs du millénaire et des droits de l'homme, plus généralement. En effet, avec plus de six mille sociétés adhérentes dans cent trente-deux pays, le Pacte mondial des Nations Unies est la plus grande initiative de responsabilité sociale des entreprises³⁴⁰.

Pour participer, il suffit qu'une entreprise envoie une lettre signée par son PDG au Secrétaire général des Nations Unies dans laquelle elle exprime son triple engagement : (i) pour le Pacte mondial et ses dix principes ; (ii) à des partenariats pour faire avancer les objectifs des Nations Unies ; et (iii) à soumettre chaque année une Communication sur le progrès (COP).

En plus, les entreprises rejoignant le Pacte mondial s'engagent à mettre en œuvre les dix principes dans leur « sphère d'influence ». Elles devront faire des efforts continus et complets pour développer les principes du pacte là où elles opèrent, et intégrer les principes dans leur stratégie d'entreprise, dans leurs opérations et dans leur culture d'entreprise.

346. Le Pacte mondial fonctionne grâce à des groupes de travail multipartites prenantes (*multistakeholder*), comprenant des ONG, des entreprises et d'autres représentants qui aident par des conseils et des études afin de promouvoir la mise en application des dix principes. Sans surprise, ces groupes de travail se fondent en particulier sur le travail du représentant spécial des Nations Unies chargé de la question des droits de l'homme et entreprises – comme M. Ruggie était aussi à l'origine du Pacte – et visent surtout à mettre en place des outils pratiques pour les entreprises. Ces outils sont de grand intérêt pour elles car il est particulièrement difficile de passer de l'énonciation abstraite des dix principes à leur mise en pratique opérationnelle dans la gestion de l'entreprise.

340. Pacte mondial, « Qu'est-ce que le Pacte mondial ? », www.unglobalcompact.org, L. Boisson de Chazournes et E. Mazuyer (dir. publ.), *Le Pacte mondial des Nations Unies 10 ans après*, Bruxelles, Bruylant, 2011, voir en particulier H. Ascensio, *Le Pacte mondial et l'apparition d'une responsabilité internationale des entreprises*, p. 167 ss.

347. Depuis 2005, les sociétés participantes sont tenues de soumettre chaque année une communication sur le progrès sur le site Internet du Pacte mondial et de la diffuser largement à leurs parties prenantes. En cas d'absence d'une telle communication, le statut du partenaire sera changé; celui-ci peut être considéré comme «ne communiquant pas» et après un an, sera retiré de la liste des participants.

En février 2010, le bureau du Pacte mondial a annoncé que huit cent cinquante-neuf entreprises avaient été retirées (radiées) de la base de données de participants entre le 1^{er} octobre 2009 et le 1^{er} janvier 2010³⁴¹.

348. L'effectivité du pacte est donc, du point de vue de la «société civile», très faible. Mais la perspective change si l'on considère que le mandat du Pacte mondial est de servir de guide plutôt que d'organisme de surveillance ou pire de cour internationale.

Une grande partie de la mission du pacte consiste à encourager les entreprises à faire des efforts pour devenir plus transparentes ce qui n'est pas négligeable dans le contexte actuel.

La soumission d'une communication sur le progrès dans l'application des dix principes du pacte est la seule condition que les entreprises doivent remplir pour obtenir le «*bluwashing*» et le contenu de ces rapports n'est ni surveillé ni vérifié par le personnel administratif du Pacte mondial ou par un audit externe. En conséquence, les entreprises impliquées dans la violation des droits de l'homme peuvent continuer à faire référence à leur participation au Pacte mondial à moins que les victimes ou la société civile ne demandent pas le *de-listing* à l'ONU, comme on le verra dans la troisième Partie de notre cours.

iii) *L'effectivité en soi redoutable (pour les entreprises) de ces codes de conduite de source étatique ou interétatique*

349. Tout en restant dans le cadre de la *soft law*, les règles et principes contenus dans ces codes ont, en soi, une portée juridique contraignante très limitée. Nous verrons par la suite comment et pourquoi les codes de

341. Pacte mondial, *News and Events*, «859 Companies Delisted for Failure to Communicate on Progress», www.unglobalcompact.org. Les entreprises militaires privées et les entreprises de tabac, souvent exclues par d'autres initiatives y compris par les projets des fonds éthiques, peuvent y participer. En revanche, ce n'est pas le cas des entreprises de tous les secteurs industriels, exception faite de celles impliquées dans la fabrication, la vente, ou la commercialisation de mines anti-personnelles ou de bombes à fragmentation, celles qui font l'objet d'une sanction des Nations Unies ou qui ont été mises sur liste noire par la division des fournisseurs des Nations Unies pour des raisons éthiques.

conduite incarnant la RSE sont efficaces mais, pour l'instant, limitons-nous à rechercher leur efficacité à l'interne de ces actes unilatéraux des Etats ou d'organisation interétatiques.

350. Pour s'en tenir ici aux Principes directeurs de l'OCDE, il s'agit de normes de comportement qui relèvent davantage de l'éthique que du droit. Dépourvus de force contraignante, ils ne lient donc pas juridiquement ni les pays membres de l'organisation, ni les pays non membres qui y ont pourtant adhéré (par exemple Argentine, Brésil, Chili, Estonie, Israël, Lettonie, Lituanie, Roumanie, Slovaquie), ni les sociétés transnationales. A ce titre, ils ne peuvent, a fortiori, être directement invoqués par les justiciables devant les juridictions étatiques.

S'ils n'ont pas de force juridique suffisante pour faire peser des droits et des obligations sur les entreprises, l'ensemble de ces principes pourrait néanmoins contribuer à l'interprétation constructive des normes internes ou transnationales par un juge, et a fortiori, par les arbitres³⁴². D'ailleurs, c'est là l'avantage de la *soft law* et son *interplay* avec la *hard law*.

351. Pis pour le Pacte mondial. Depuis sa création, le Pacte mondial a été critiqué par de nombreuses organisations de la « société civile », qui l'accusent de permettre aux entreprises de faire du « *greenwashing* » ou mieux du « *bluwashing* », étant donné que les participants figurant sur le site Internet des Nations Unies, peuvent demander la permission d'utilisation une version du logo du Pacte mondial comme celui de l'ONU et peuvent affirmer que leur entreprise respecte les dix principes sans avoir à prouver qu'elles agissent conformément à ces principes³⁴³. Quelle belle opération de marketing international !

Ainsi, en 2004, à la suite de nombreuses critiques selon lesquelles le Pacte mondial permettait aux entreprises violant ouvertement les principes de participer à l'initiative, et surtout afin de restaurer sa crédibilité, le Pacte mondial a adopté des « mesures d'intégrité ».

352. En septembre 2010, l'unité d'inspection des Nations Unies a publié un rapport sur le rôle du Pacte mondial, mettant en avant la nécessité d'une révision de son fonctionnement. Le rapport évoque notamment « l'absence d'un mandat clair et bien articulé entraînant un impact flou, l'absence de critères d'adhésion adéquats et d'un

342. M. Delmas-Marty, « Aplanir le terrain de jeu », *Rev. sc. crim.*, 2005, p. 735.

343. Pour plus d'informations sur les critiques des limites du Pacte mondial, voir <http://globalcompactcritics.blogspot.com>.

système de contrôle efficace de l'application des principes par les membres»³⁴⁴.

353. La réaction à ces critiques par le Pacte mondial ouvre une nouvelle et importante perspective en ce domaine. Le Pacte souligne que son rôle n'est pas celui de faire des procès aux entreprises³⁴⁵ qui en sont membres, mais cette initiative considère l'apprentissage, le dialogue constructif et les partenariats comme des approches réglementaires complémentaires qui aideront à parer aux échecs liés aux disparités de savoir et aux systèmes de gestion³⁴⁶. Sans parler des échecs de force contraignante des autres codes élaborés par les organisations intergouvernementales.

354. Bref, la «valeur ajoutée» du Pacte est double. D'un côté, c'est un outil pédagogique: créer un espace de «*life long learning*» pour les entreprises en la matière; de l'autre côté la participation d'une entreprise peut désormais être remise en question en cas de mauvaise utilisation du logo des Nations Unies ou du Pacte mondial pour arriver à la radiation du Pacte mondial dans le cas de violation massive.

b) *Les codes de conduite de source privée et leur importance*

355. Une fois abandonné le terrain des codes de conduite étatiques et interétatiques, on arrive enfin aux codes de conduite de source privée et non étatique qui sont élaborés par les associations sectorielles comme par les entreprises *uti singuli*.

356. Les pratiques de la RSE trouvent d'abord leur source dans les principes internationalement posés par des documents de référence fixant des règles prescriptives susceptibles d'orienter le comportement des entreprises dans les domaines social et environnemental. Ces textes, on l'a dit, émanent d'organisations internationales, l'ONU en premier lieu, mais aussi de l'OIT (voir par exemple la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale), de l'OCDE ou bien encore de l'Union européenne.

344. United Nations Corporate Partnerships : The Role and Functioning of the Global Compact : www.unjui.org/data/reports/2010/JIU.REP.2010.9_For%20Printing_17%20January%202011.pdf.

345. Le bureau du Pacte mondial refuse généralement de traiter des questions qu'une autre entité est mieux habilitée à traiter, telle une cour de justice, une autorité administrative locale, ou une entité judiciaire, gouvernementale, ou de règlement des différends. Voir UNGC, «Integrity Measures, Frequently Asked Questions», www.unglobalcompact.org.

346. Voir Pacte mondial, note sur «The Importance of Voluntarism», www.unglobalcompact.org.

357. L'adoption de ces normes est encouragée par la Commission européenne qui s'est engagée à «relancer la stratégie de l'Union visant à accroître la responsabilité sociale des entreprises»³⁴⁷.

358. Correspondant à une approche éthique ou déontologique des affaires, leur valeur juridique reste discutée³⁴⁸. La difficulté de ces codes privés est leur intégration dans les sources traditionnelles du droit³⁴⁹. Mais le plus souvent, une telle démarche «éthique» conduit l'entreprise à souscrire volontairement à un certain nombre d'engagements dépassant ses obligations légales et réglementaires de la loi de l'Etat hôte, ce qui prend un relief particulier lorsqu'elle intervient dans des pays à faible protection sociale et environnementale.

359. En doctrine, on a parfaitement remarqué que

«[s]ous la pression du milieu, ou la force de persuasion qu'ils sont capables d'exercer sur leurs destinataires ils [les codes de conduite] peuvent parfaitement être suivis d'effet. A leur égard l'effectivité se suffit donc à elle-même, et cette effectivité peut être acquise directement sans passer par l'intermédiaire de la normativité juridique. C'est la raison pour laquelle de nombreux codes de conduite ou ensemble des prescriptions qui peuvent leur être assimilées, mettent en place des mécanismes de suivi pour inciter à ce qu'ils soient connus, pris en considération et observés par leurs destinataires»³⁵⁰.

360. Parfois ces codes arrivent jusqu'à imposer aux salariés un certain nombre d'obligations, afin de favoriser, par exemple, leur implication dans des actions de lutte contre la pollution ou bien en faveur de l'environnement et du développement durable. Il semble admissible dès lors que ces engagements volontairement souscrits soient valables et que leur respect puisse être exigé de l'entreprise.

361. Celle-ci ne devrait guère faire de doute lorsque l'engagement socialement responsable entre dans la sphère contractuelle ou alors se trouve respecté en tant que «règle du milieu» spécifique d'une branche

347. Commission CE, 3 mars 2010, Europe 2020 : une stratégie pour une croissance intelligente durable et inclusive, COM (2010) 2020.

348. M.-A. Moreau, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, Paris, Dalloz, 2006. Cf. P. Daillier, «La soft law», dans *Droit de l'économie internationale*, *op. cit.*, p. 123, spécialement p. 125 admettant la prise en compte par les arbitres des codes de conduite privés.

349. J.-B. Racine, «La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l'environnement», *Rev. jur. env.*, 1996, p. 409.

350. J.-M. Jacquet, P. Delebecque et S. Corneloup, *Droit du commerce international*, *op. cit.*, p. 71-72.

d'affaires (i). Plus discutable lorsque l'engagement est unilatéral, la reconnaissance de sa valeur juridique est seule à même de lui conférer crédibilité et effectivité (ii).

i) *Les codes collectifs*

362. Dans les codes de source privée, on mesure la plus grande adhérence des opérateurs, attendu qu'ils en représentent l'origine et les usagers. A notre avis, il s'agit d'une manifestation de la nouvelle *lex mercatoria*.

363. Il s'agit, en général, de règles de conduite qui sont adoptées par les associations sectorielles pour tous leurs membres. Les exigences qui sont à la base de ce type de codes sont semblables à celles qui ont poussé les ordres professionnels opérant à l'intérieur des Etats à se munir de codes déontologiques (avocats, notaires, architectes, médecins, etc.) et elles regardent les prédispositions de standards de loyauté et de diligence professionnelle.

364. Les codes de conduite peuvent être organisés par branches d'activité. Certains codes de conduite visent l'ensemble des affaires, d'autres sont plus orientés par exemple vers l'exportation, comme l'industrie textile, chimique ou extractive. On peut citer, à cet égard, le *International Council of Toy Industries* (1995), le *Ethical Trade Initiative* (1998), le *Worldwide Responsible Accredited Production* (2000), l'*International Council on Mining and Metals* (2003), le *Electronic Industries Code of Conduct* (2004).

365. Il faut aussi mentionner le Code de conduite international des prestataires privés de services de sécurité qui vise à établir pour l'industrie de la sécurité privée des principes et normes basés sur les droits de l'homme et sur le droit humanitaire, et à améliorer la reddition de comptes de l'industrie en mettant en place un mécanisme de contrôle externe indépendant qui englobe la certification, l'audit, le contrôle et le rapport³⁵¹.

366. Encore, par exemple, les Principes d'Equateur³⁵² sont des standards volontaires adoptés par quelques dizaines d'institutions financières en juin 2003. Ils formalisent l'engagement des signataires à ne soutenir que des projets «responsables» sur les plans social et environnemental. A l'image des Principes directeurs de l'OCDE, le

351. Voir www.icoc-psp.org/.

352. <http://www.equator-principles.com/>.

but est de prévenir la dégradation de l'environnement et les impacts sociaux négatifs des projets financés dans les pays en développement. Une version révisée et renforcée qui s'inspire des politiques adoptées en ce domaine par la Société financière internationale (SFI) a été adoptée en juillet 2006. Outre le respect de critères de fond, des principes de transparence et de consultation sont applicables ainsi qu'un mécanisme de suivi du respect des critères sociaux et environnementaux retenus. Les établissements bancaires dans le monde se sont aujourd'hui ralliés à cette démarche ; ils sont tenus d'établir dans un rapport annuel la manière dont ils respectent les principes.

367. La nature juridique de ces codes peut être contractuelle et dépendre par conséquent du contrat plurilatéral qui a donné vie à l'association de catégorie. Au moment de l'adhésion, chaque membre est obligé, en acceptant le statut de l'association non seulement d'utiliser les modèles de contrat éventuellement prédisposés par l'association et de soumettre les éventuels différends à l'arbitrage institutionnel (ou à d'autres *ADR Methods*) organisé souvent au sein de cette association. Chaque membre sera donc, en tant que tel, obligé de respecter le code de conduite élaboré par l'association dont il fait partie. Dans ce sens, au-delà des phénomènes normatifs classiques dans les discussions sur la nouvelle *lex mercatoria*, comme les contrats modèles (*standard contracts*), les usages du commerce et les principes généraux de droit, il faut ajouter au catalogue les codes de conduite collectifs de source a-nationale.

368. Ces règles, à la différence des usages du commerce et des principes généraux de droit qui interviennent en matière d'interprétation d'un contrat typiquement bilatéral existant entre deux membres de l'association pour réaliser le type d'échange que l'organisme organise, peuvent se fonder sur un contrat plurilatéral que les membres ont auparavant accepté et avoir par conséquent une valeur contractuelle. La fonction remplie par les règles contenues dans le code de conduite collectif consiste par conséquent à limiter l'autonomie des parties dans la stipulation de futurs contrats.

369. De cette manière, un des buts que les règles de *business ethics* et de RSE se proposent est atteint, à savoir celui d'organiser le marché en limitant opportunément, dans l'intérêt collectif des opérateurs du marché, l'autonomie des parties à stipuler des contrats et à permettre le déroulement correct des échanges.

Dans le cas où une association promulguerait un code de conduite et que les associés ne se soient pas expressément engagés à le respecter, ce

sera l'arbitre qui évaluera l'éventuel impact de ces règles sur les clauses générales du contrat controversé. La théorie des clauses générales (*generalklauseln, open ended clauses*) sera ici aussi utile pour mettre en évidence, en matière d'interprétation d'un droit étatique élu par les parties à l'instar de la *lex contractus*, les effets provoqués par le renvoi des règles du droit interne aux règles déontologiques. Les règles de conduite émanant des associations sectorielles devront par conséquent être évaluées à l'instar d'un standard objectif de la bonne foi des parties pour le simple fait de l'appartenance de ces mêmes parties à l'organisme dont elles émanent.

ii) *Les codes individuels comme instruments d'autorégulation mondiale de l'entreprise*

370. Il n'en est pas de même en revanche lorsqu'on est en présence de cas d'espèce où une société multinationale s'est dotée de manière autonome d'un code de conduite individuel, fait qui, comme on le verra ci-dessous, est de plus en plus fréquemment vérifié.

371. Ces codes de conduite privés désignent des normes dont les groupes multinationaux ont eux-mêmes pris l'initiative et auxquelles ils se sont volontairement soumis. Initialement destinés à homogénéiser les conditions de travail des salariés mobiles au sein des groupes³⁵³ ces codes privés ou chartes visent aujourd'hui à garantir le respect des droits de l'homme ou la protection de l'environnement dans les Etats où ils délocalisent leurs activités³⁵⁴. Traduisant l'adoption par l'entreprise concernée d'un comportement dit «responsable», ils s'inscrivent dans l'adoption spontanée d'une stratégie de développement durable souvent utilisée à des fins promotionnelles et à ce titre controversée. Cependant, ces codes de conduite individuels ont une portée mondiale et ont vocation à s'appliquer à l'ensemble du groupe des sociétés y compris les filiales à l'étranger et les chaînes de sous-traitance³⁵⁵.

353. A. Sibli-Vallat, «Les normes matérielles internationales d'entreprises», *Rev. crit. DIP*, 1988, p. 683.

354. M.-A. Moreau et G. Trudeau, *Les normes du droit du travail confrontées à l'évolution de l'économie : de nouveaux enjeux pour l'espace régional*, JDI, 2000, p. 915, spécialement p. 927 ss; M.-A. Moreau, *Mondialisation et droit social, op. cit.*, p. 390 ss.

355. Sur l'ensemble de la question, cf. J.-Y. Trochon et F. Vincke (dir. publ.), *L'entreprise face à la mondialisation, op. cit.*, p. 121 ss et p. 279 ss. P. S. Atiyah, «L'évolution du droit anglais de l'accord vers la reliance et l'exclusion de la responsabilité pour vices dans la vente de marchandises», dans *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, D. Tallon et D. Harris (dir. publ.), Paris, LGDJ, 1987,

2. Distinction selon l'objet

372. Quant à l'objet des codes de conduite, on distingue des codes très développés en termes de détail et des codes dotés seulement de quelques principes généraux. Dans une étude de la Commission européenne l'on observe clairement que :

«under the umbrella of CSR-related instruments are :

- Simple statements of principles that an individual company might (whether or not in alliance with other companies) subscribe to ;
- Industry-led initiatives in which group of companies collectively implement agreed codes of practice ;
- Instruments which are voluntarily adopted by companies and regulated by a system of 3rd party accredited bodies ; and
- Process frameworks that give guidance on demonstrating responsibility and accountability»³⁵⁶.

373. La première génération de codes a été lancée par des entreprises individuelles. Il suffit de penser au «credo» de Johnson & Johnson dans les années 1940, puis Levi Strauss & Co., Starbucks Coffee Co., Shell et BP Amoco.

374. A la fin des années 1990, ont été élaborés des codes tels que le SA8000, *the Fair Labour Association* et *the Ethical Trading Initiative*, qui ont été rédigés par consensus entre toutes les parties prenantes. Sont également apparus des codes définis unilatéralement, comme le Consortium pour les droits des travailleurs et la *Clean Clothes Campaign*, ainsi qu'émanant de diverses organisations ou associations commerciales comme la liste de la Confédération norvégienne des entreprises pour les pratiques des droits de l'homme, les Principes *Global Sullivan* et les Principes de Caux.

375. S'il est vrai que les codes de *business ethics* des années 1960 ne prévoyaient que de simples déclarations de bonne intention, il faut

p. 60 ; E. A. Farnsworth, *Contracts*, 3^e éd., Aspen Law & Business, 1999, paragraphes 2.19, 4.15 et 6.12 ; Ph. Pinsolle, «Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international», *JDI*, 1998, p. 905, et à la lumière des rapports nationaux parus dans l'ouvrage de la Société de législation comparée sous la direction de M^{me} Bénédicte Fauvarque-Cosson, dont le rapport général illustre bien ce point (*Confiance légitime, estoppel*, Société de législation comparée, 2007, dans <http://www.ejcl.org/113/article113-8.pdf>).

356. Commission UE, *Mapping Instruments for Corporate Social Responsibility*, avril 2003, p. 2.

remarquer que le contenu des codes de conduite a été particulièrement développé à partir des années 1990. En effet, sous l'impulsion des ONG, les concepts de commerce équitable et de développement durable sont entrés dans le périmètre de la RSE. Des outils permettant d'identifier le niveau de responsabilité des entreprises ont été développés par des universités et des centres de recherches. Ces démarches ont débouché sur la mise au point de référentiels internationaux (GRI), des codes de conduite des entreprises (*Global compact*) ou des certifications, normes ou labels (SA8000) jusqu'aux audits sociaux ou environnementaux.

376. Surtout dans les codes de conduite collectifs, on peut trouver l'expansion des sources du droit du commerce international dans sa composante de la nouvelle *lex mercatoria*. Certes, chaque code peut présenter des spécificités (par exemple peut être « *issue specific* » ou bien « *country specific* ») et donc être différent.

377. Cependant, il y a toujours trois types de clauses qui vont former le contenu « typique » d'un code de conduite : les règles à l'intention du personnel, celles régissant le comportement des fournisseurs et partenaires commerciaux et enfin les déclarations d'engagements de l'entreprise à l'égard du public³⁵⁷. D'autre part, et à bien regarder, dans les codes de conduite contemporains on peut trouver : des règles précises et détaillées ; des énonciations générales ; le rappel de règles de droit d'un ordre juridique étatique donné ou, encore, un renvoi au droit international des droits de l'homme.

378. Or, le fait de reproduire dans les codes de conduite des règles de droit étatique ou interétatique ne signifie pas forcément qu'il existe une volonté des pouvoirs privés de se substituer aux pouvoirs publics.

379. Certes, il faut tenir compte du fait que l'on peut rencontrer des chartes ou codes de « responsabilité sociale des entreprises » ne reproduisant qu'un « discours creux à portée publicitaire »³⁵⁸. Il va de soi que dans un tel cas de figure, il serait vain d'essayer d'y voir autre chose qu'un outil de *marketing* ou de promotion ; pour autant tout effet n'est pas exclu et il faudra précisément l'assimiler purement et simplement à un document publicitaire ce qui ne veut pas dire qu'on peut tout faire car il y a le *dolus malus*.

357. Voir à ce propos l'étude de l'OCDE du contenu de 246 codes émanant de sociétés des pays membres (OCDE, Groupe de travail du Comité des échanges : *Les codes de conduite des entreprises – Etude approfondie de leur contenu* : TD/TC/WP(99)56/FINAL du 13 juin 2000).

358. G. Farjat, « Réflexion sur les codes de conduite privés », dans *Mélanges Berthold Goldman*, *op. cit.*, p. 65.

380. Cependant, de plus en plus d'entreprises ont commencé à rendre publiques des informations sur leurs performances dans le domaine social et environnemental. Le fait de rendre compte, selon une «triple approche» d'indicateurs (*triple bottom line*) à la fois économiques, sociaux et environnementaux, est l'une des bonnes pratiques encouragées dans le cadre de la RSE.

381. Le rappel par biais des codes de conduite de règles des différents ordres juridiques a été efficacement expliqué par le professeur Farjat qui affirme que le rappel à l'honnêteté, aux principes de la loyauté et à des règles spécifiques de l'ordre juridique, loin d'être inutile, est révélateur d'une réalité où les règles rappelées ne sont pas «spontanément» respectées, avec toutes les implications typiques de la crise de l'«effectivité» de la règle juridique (de source étatique) de notre temps.

Pour l'auteur: «Si le code privé prévoit l'application des contrats ou des lois, c'est que, jusque-là, contrats et lois n'étaient pas respectés!»³⁵⁹.

C'est dire que la corégulation devient nécessaire surtout si ni les Etats, ni les organisations internationales n'arrivent à régler, directement et de façon effective, les activités des entreprises transnationales.

Ce sont les codes de conduite détaillés qui offrent la mesure de l'expansion des sources du droit du commerce international, car ils se prêtent bien à la coordination avec les clauses générales³⁶⁰, de l'ordre juridique applicable.

3. *Distinction selon le but*

382. La distinction selon le but pour lequel les codes incarnant la RSE sont rédigés est plus délicate. Il faut tout d'abord considérer pourquoi, du point de vue des entreprises, il faut respecter ces codes de RSE y compris les droits de l'homme qui y sont incorporés, au-delà de l'imposition étatique (*a*); ensuite, il faudra distinguer ces composantes de la *lex mercatoria* des usages du commerce international (*b*) ainsi que des guides contractuels et des contrats-types (*c*).

359. *Ibid.*, cf. B. Beignier, «Interrogations sur la déontologie», dans *La morale et le droit des affaires*, Montchrestien, 1996, p. 31 ss.

360. Voir Ch. Perelmans et R. Vander Elst, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984.

a) *Le «business case for human rights» : la limitation des coûts et des risques d'entreprise*

383. En Chine, la RSE fait l'objet de directives gouvernementales s'adressant aux entreprises publiques et aux entreprises exportatrices aux fins de réaliser une «Société d'Harmonie» et d'améliorer l'image internationale du pays³⁶¹.

En Inde, les autorités encouragent la RSE en tant qu'outil pour contenir des menaces de révoltes populaires, dont la globalisation, amplificatrice des inégalités sociales, est porteuse.

384. En Europe, le gouvernement danois déclare, quant à lui, sur son site Internet, que la RSE est une manière de définir une «marque collective de qualité» pour l'industrie nationale, dans l'objectif de conquérir de nouveaux marchés étrangers.

A son tour, le gouvernement allemand dans sa «Stratégie nationale pour la RSE» adoptée le 6 octobre 2010 dit que l'objet de cette stratégie est «de définir un cadre qui vise d'abord à permettre aux forces du marché de se développer et, simultanément, de chercher à combiner la liberté d'initiative avec une pratique active de la responsabilité». Elle insiste sur le caractère purement incitatif de son orientation.

385. Depuis longtemps, en effet, les écoles de management anglo-saxonnes et aux Etats-Unis voient dans la RSE une nouvelle façon de traiter les parties prenantes (*stakeholders*) de l'entreprise (consommateurs, actionnaires, ONG, etc.), permettant d'anticiper les évolutions de leurs attentes et de réduire les risques d'être l'objet de campagnes de dénigrement. Tout cela devient une condition même de la maximisation des profits.

386. Rares sont les grandes STN qui n'ont pas fait aujourd'hui de la RSE un de leurs chevaux de bataille, voire un pilier de leur stratégie. S'agissant des PME, le mouvement est en marche, mais demeure encore embryonnaire.

387. En effet, s'il est vrai que s'engager avec la RSE relève toujours d'une démarche volontaire (et assez coûteuse), on assiste à la métamorphose des bonnes intentions en démarches concrètes à travers le marché, c'est-à-dire dès que les STN constatent un impact positif de

361. Principes directeurs adressés aux entreprises publiques chinoises directement reliées au gouvernement central, en matière de RSE, publiés par le *CSR Research Center, Chinese Academy of Social Sciences*.

la RSE sur leur chiffre d'affaires, et plus largement sur la valorisation de l'entreprise³⁶².

388. C'est donc ce que les anglophones appellent le *Business Case for Corporate Social Responsibility*. La question clé est la suivante : si l'entreprise court un vrai risque de négliger les enjeux de responsabilité sociale, alors il faut y remédier avec l'élaboration d'un code de conduite de RSE qui soit en ligne avec les standards internationaux. L'objectif est donc tout simplement de contrôler et minimiser ce risque.

389. Les entreprises qui choisissent de respecter les normes des droits de l'homme et de contribuer aux objectifs du millénaire pour le développement doivent supporter des coûts importants, laissant leurs concurrents peu scrupuleux libres d'en profiter en toute impunité, du moins à court terme. En revanche, les campagnes de promotion de la responsabilité sociale des entreprises consommatrices ont certainement incité des changements de comportement dans certains cas, et en général, ont généré une forme de responsabilisation pour la réputation³⁶³.

Plus particulièrement pour les grandes entreprises, on ne peut plus douter que, aujourd'hui, la « performance » n'est plus seulement économique ou financière, mais également « sociale », mieux « sociétale » – et environnementale – car il y a plusieurs acteurs qui s'intéressent à l'entreprise et à ses enjeux.

390. Il s'ensuit que l'entreprise qui n'intègre pas ces différentes dimensions risque de se priver d'opportunités, voire de freiner son développement. Quels sont donc les risques qu'une politique appropriée de RSE et de *due diligence* permet de gérer voire de minimiser ?

Les risques peuvent être résumés comme suit :

1. perte de clientèle, surtout consommateurs ;
2. possibilité d'être soumis à des campagnes de dénigrement et de figurer sur des listes noires des ONG, associations des consommateurs, activistes des droits de l'homme ou autres ;
3. mauvaise image de marque ;

362. La question reste très controversée. Voir par exemple T. Donaldson, *The Ethics of International Business*, Oxford, OUP, 1989 ; P. T. Kotler et al. (dir. publ.), *Principles of Marketing*, 5^e éd., Edimbourg, Pearson, 2008, p. 113 ss et cf. les très pertinentes critiques de L. Gallino, *L'impresa irresponsabile*, Milan, 2005. Voir aussi : D. Litvin, *Empire of Profit*, New York, 2003.

363. A. Gillies, « Reputational Concerns and the Emergence of Oil Sector Transparency as an International Norm », dans *International Studies Quarterly*, vol. 54, n° 1, mars 2010, p. 103-126.

4. contentieux, civils et pénaux, contre l'entreprise et sa direction (dans un ou plusieurs pays);
5. perte des contrats et marchés publics comme ceux émis par l'Union européenne, la Banque européenne de reconstruction et développement, la Banque mondiale, etc., à cause de la violation des « clauses des droits de l'homme » dans leurs contrats;
6. perte de partenaires commerciaux même stratégiques;
7. perte des investisseurs et baisse de la valeur des actions;
8. coût accru du capital;
9. perte des meilleurs talents dans le personnel (*key staff*).

A contrario, un engagement RSE marqué lui permettra de prévenir un grand nombre de risques à la fois commerciaux, juridiques et financiers.

391. Du point de vue commercial, il est aisé de comprendre qu'une entreprise qui viole les droits de l'homme va subir une perte de clientèle jusqu'à des campagnes de dénigrement par les défenseurs des droits de l'homme, les ONG, les associations de consommateurs ou autres et dans plusieurs pays. Tout ceci entraîne une mauvaise image de marque, ainsi que des contentieux, civils et pénaux, contre l'entreprise et sa direction (dans un ou plusieurs pays) qui peuvent même provoquer la perte des contrats et des marchés publics de quelques Etats ou d'autres sujets comme l'Union européenne, la Banque européenne de reconstruction et développement, la Banque mondiale, etc.

392. Mais cela amène aussi la perte de partenaires commerciaux même stratégiques car c'est un fait que la RSE entre désormais en jeu dans les processus de sélection des sous-traitants de nombreuses STN, jusqu'à devenir un critère discriminant dans les appels d'offres et les listes de référencement de fournisseurs des grands groupes de sociétés.

393. Au niveau financier, l'essor des pratiques d'investissement socialement responsable (ISR) avec la « finance éthique » a d'autres implications. Aujourd'hui, même les acteurs financiers traditionnels s'orientent de manière croissante vers une approche globale de la performance des entreprises, intégrant des critères environnementaux et sociaux dans leurs décisions d'investissement. S'engager dans une démarche RSE peut donc jouer un rôle décisif dans la relation aux marchés financiers et favoriser l'accès aux marchés des capitaux.

394. Finalement, les implications de la RSE doivent être constatées au niveau de sa performance sociale. Car l'attention portée à la qualité de vie au travail influe directement sur la motivation et l'engagement des

collaborateurs, gages d'une meilleure productivité. Plus généralement, une mobilisation sur le plan RSE permet de fédérer les salariés autour de valeurs communes et de renforcer leur attachement au projet d'entreprise.

395. La RSE arrive à jouer également un rôle déterminant sur la réputation et l'attractivité de la « marque employeur » de l'entreprise, jusqu'à devenir un argument clé en matière de recrutement, face à des talents potentiels en quête de « sens » et de « responsabilité », notamment parmi les jeunes générations. Car il nous semble, même en temps de crise, que si l'on a le choix, on ne choisira pas de travailler dans une entreprise réputée pour ses violations des droits de l'homme !

396. Avoir une stratégie de RSE pour son entreprise peut amener de nombreux avantages tels que :

- amélioration de l'image de l'entreprise et de la marque ;
- satisfaction et fidélisation de la clientèle ;
- minimisation du risque des campagnes de dénigrement et de figurer sur les listes noires des ONG, associations de consommateurs ou autres (dans un ou plusieurs pays) ;
- minimisation du risque de contentieux, civils et pénaux, contre l'entreprise et sa direction (dans un ou plusieurs pays) ;
- accès à des partenaires d'affaires de qualité ;
- obtention du statut de « partenaire privilégié » par d'autres entreprises ou même des agences de l'Etat ;
- meilleures chances d'obtenir des contrats et marchés publics comme ceux émis par l'Union européenne, la Banque européenne de reconstruction et développement, la Banque mondiale, etc. ;
- diminution des primes d'assurance ;
- meilleur accès aux banques ³⁶⁴ et aux marchés de capitaux ;
- possibilité d'attirer des investissements socialement responsables (ISR) ;
- possibilité d'attirer et de conserver des talents de haut niveau ;
- renforcement de la satisfaction au travail, de la loyauté et de l'identification à l'entreprise ;
- enfin, sur le plan environnemental, des mesures d'économie d'énergie, de réduction des déchets ou bien de recyclage des matériaux vont tous dans le sens d'une éco-efficacité source de rentabilité pour l'entreprise.

364. Voir J. Stoufflet, « Les financements bancaires et les activités industrielles polluantes », dans *Mélanges Van Ommeslaghe*, Bruylant, 2000, n° 19.

397. A l'heure où les nouveaux médias peuvent déclencher très vite une crise de réputation pour toute entreprise, un comportement responsable peut l'aider à communiquer plus facilement avec des publics qui seront prêts à l'écouter.

398. Dès lors, la RSE apparaît comme une forme de gestion stratégique de l'entreprise permettant également d'anticiper les évolutions des goûts des consommateurs ou les réglementations sociales et environnementales futures, de susciter la motivation créatrice des salariés et de prévenir les atteintes à la réputation de l'entreprise (et donc à sa valeur actionnariale). Bref, tout cela donne à l'entreprise responsable un avantage comparatif.

399. De là ressort le but égoïste qui, comme par l'effet de cette main invisible chère à Adam Smith, transforme l'égoïsme concurrentiel des particuliers – identifiés au marché – décidés à marginaliser les concurrents qui violent les règles de la loyauté, en altruisme en faveur des consommateurs qui bénéficient des avantages de la lutte concurrentielle non seulement sur les prix, mais aussi sur la qualité des produits et des services.

b) *La différence entre les règles de RSE et quelques autres règles non étatiques du droit du commerce international*

i) *Différence entre règles de RSE et usages du commerce international*

400. On a pu penser que la force des règles déontologiques comme des codes de conduite pouvait résulter de leur qualification d'usages³⁶⁵. Usages professionnels ou usages conventionnels, ces règles dépourvues de portée juridique contraignante acquerraient ainsi force obligatoire.

La RSE a cette caractéristique en commun avec les usages qu'elle est composée de règles qui ne proviennent pas du haut, c'est-à-dire de l'imposition par la loi ou par une disposition administrative, mais qu'elle provient du bas, c'est-à-dire de formules d'organisation de la société civile.

Toutefois, les règles de la RSE, comme nous l'avons remarqué dans l'introduction, opèrent plus profondément que d'autres règles attribuables à la nouvelle *lex mercatoria*. Surtout dans le cadre de codes de conduite collectifs, il s'agit de règles d'organisation du marché qui,

365. I. Desbarats, «Codes de conduite et chartes éthiques des entreprises privées, regard sur une pratique en expansion», *JCP*, éd. E, 2003. I. 112, n° 8.

comme telles, peuvent limiter l'autonomie des parties. Dans ce sens, les règles déontologiques doivent être distinguées des usages et des principes généraux du droit.

401. Si les usages du commerce sont déterminés par une vision rétrospective, les règles déontologiques sont déterminées par une vision *prospective* et donc prescriptive, liée à des exigences propres aux associations sectorielles qui peuvent aussi ne pas être liées à une expérience historique. A la différence de l'usage, l'élément objectif de la *diuturnitas* peut faire défaut à la règle déontologique, quoiqu'elle soit caractérisée par la même *opinio juris ac necessitatis*. En outre – et ici le caractère propre à la règle déontologique est confirmé –, elle peut aussi s'opposer aux usages.

402. L'exemple le plus évident est la corruption dans le commerce international. Le fait de corrompre les fonctionnaires d'un Etat pour obtenir l'adjudication d'un marché public pourrait, à la lumière de ce que nous venons de dire, être considéré comme un «usage du commerce international». Mais puisque cet usage mine à la base la même conception du marché du capitalisme occidental, la CCI a conduit une vaste campagne de sensibilisation auprès des entreprises adhérentes et elle a promulgué un code déontologique approprié pour faire disparaître l'usage *de quo* et imposer les règles contenues dans ses codes de conduite.

403. La différence qui existe entre des règles de la RSE et les principes généraux de droit est elle aussi aisée. Si les règles déontologiques sont l'expression de ces mêmes opérateurs dans le cadre d'un phénomène d'autodiscipline, les principes généraux du droit sont traités par l'arbitre (en adoptant la méthode des règles transnationales) par les ordres juridiques positifs.

ii) *Différence entre règle de la RSE, guides contractuels et contrats-types*

404. On ne doit pas non plus confondre les règles de RSE avec les guides contractuels et les contrats-types.

405. Dans le premier cas, il s'agit de manuels destinés à faciliter la rédaction et la conclusion de futurs contrats élaborés par les associations de catégorie, voire par des organisations internationales.

406. Dans le second cas, il s'agit de modèles contractuels auxquels les parties peuvent s'en tenir pour la composition de leurs intérêts réciproques. Si les contrats-types sont prédisposés par les organismes

exponentiels de catégorie, ces mêmes contrats pourront comprendre de nouveau les règles déontologiques soit au niveau des clauses particulières soit *per relationem*. Toutefois, la réduction de l'efficacité des règles déontologiques à l'instar des clauses optionnelles de contrat ne semble ni souhaitable ni correspondre à l'état de développement actuel du commerce international. Dans la plupart des cas, en effet, les règles déontologiques sont élaborées par les organismes exponentiels non pas en référence à un contrat déterminé, mais pour tous les contrats du secteur où opèrent les membres de l'organisme. Il ne s'agit donc pas de clauses de style, mais de règles de conduite qui se posent à la base de toutes les négociations, et par conséquent de tous les éventuels modèles contractuels (qui d'ailleurs ne contiennent en règle générale aucun renvoi aux règles citées) du secteur.

407. Dans le commerce international, les obligations relevant de la RSE dans sa dimension de *business ethics* sont donc par essence liées à un contrat plurilatéral et non bilatéral. La commande exprimée dans le code de conduite collectif représente la limite posée par cette société restreinte, qu'est normalement l'association professionnelle des opérateurs d'une branche donnée de commerce, au déroulement des négociations entre ses propres membres.

B. L'effectivité des codes de conduite des entreprises

408. A la différence des codes de conduite de source intergouvernementale qui, on l'a vu, sont dépourvus d'efficacité juridique contraignante, les codes de conduite privés, valorisés par les Principes directeurs des Nations Unies, présentent des aspects plus concrets sur le plan du droit.

409. Les codes de conduite privés peuvent, en effet, être source d'obligations dont la loi applicable doit être recherchée au cas par cas.

410. Au minimum, une STN peut utiliser son code de conduite et démontrer sa «responsabilité de respecter» les droits de l'homme à travers des audits spécialisés, la rédaction des documents de bilan appropriés, la certification de ses activités³⁶⁶. Ici, l'entreprise, donc, ne fait qu'opérer la *due diligence* souhaitée par M. Ruggie.

366. Voir par exemple le règlement n° 1221/2009 du 25 novembre 2009 concernant la participation volontaire des organisations à un système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS), abrogeant le règlement (CE) n° 761/2001 et les décisions de la Commission 2001/681/CE et 2006/193/CE. Il s'agit de la «reconnaissance, par un organisme accrédité et impartial, de la conformité d'un produit, service, organisation ou personnel à des exigences fixées dans un référentiel.

411. La communication sociétale fait l'objet d'une standardisation à l'échelle internationale à travers la normalisation³⁶⁷ ou des initiatives comme la GRI (*Global Reporting Initiative*)³⁶⁸ à laquelle adhèrent librement les entreprises mais qui vient encadrer leur *reporting* qu'il s'agisse du processus de rédaction des rapports, de leur périmètre, de la garantie de fiabilité des données et du libre accès au rapport. Le schéma est le même s'agissant des Principes pour l'investissement responsable, définis par des investisseurs institutionnels s'autorégulant et parrainés par le PNUE et le *Global Compact* ou encore des Principes d'Equateur, formant un référentiel du secteur financier pour l'élaboration des politiques, procédures et pratiques internes en matière sociale et environnementale³⁶⁹. Face à ces initiatives, les organisations intergouvernementales sont plus souvent des spectateurs que de véritables acteurs. Autrement, la prise en compte des tiers intéressés (*stakeholders*) va se traduire de diverses manières.

412. D'une part, il y aura des parties prenantes qui sont liées à l'entreprise par des contrats. La relation contractuelle, déterminée par la loi applicable aux obligations contractuelles, justifie alors un encadrement des codes de conduite au sens d'une «contractualisation des droits de l'homme». C'est le cas, par exemple, des salariés lesquels sont partie au contrat de travail. De la même façon, les fournisseurs sont des créanciers de l'entreprise qui ne peut se désintéresser de leurs pratiques dans la mesure où leurs destinées, comme leurs images, sont au moins partiellement liées.

413. D'autre part, d'autres sujets intéressés sont «étrangers», ou bien des «tiers» vis-à-vis de l'entreprise. Cependant, le comportement de la STN a une incidence pour eux : les associations de défense de l'environnement ou des droits de l'homme, les collectivités, l'opinion publique, les peuples indigènes, etc. ne sont pas dans une relation juridique directe et déterminée avec l'entreprise mais doivent compter avec son existence. L'aspect pathologique de cette coexistence peut se traduire par une mise en cause de la responsabilité délic-

La certification apporte la preuve, par un certificat, qu'un système a été mis en place conformément à un référentiel et qu'il fonctionne» (CESE, *La certification des entreprises dans le domaine de la santé au travail*, avis, 2010).

367. Les lignes directrices de la norme ISO 26000 énoncent une «responsabilité de rendre compte» définie comme «la responsabilité d'une organisation vis-à-vis de ses décisions et activités et état consistant à être comptable desdites décisions et activités à des organes directeurs, ses autorités constituées et, plus largement, à ses autres parties prenantes».

368. Voir <http://www.globalreporting.org/Home>.

369. Voir <http://www.equator-principles.com/>.

tuelle de l'entreprise dont l'activité causerait un dommage à ces personnes.

414. Les codes individuels ou collectifs peuvent être, par exemple, des actes réglementaires de droit privé pouvant avoir force obligatoire comme les règlements intérieurs, ou encore des actes à portée contractuelle s'ils sont par exemple annexés au contrat de travail. Ils sont tout de même le plus souvent des outils de communication véhiculant l'image d'une entreprise qui prend au sérieux sa responsabilité sociale et environnementale.

1. L'effectivité transnationale des codes comme résultat du contrôle informel et continu par la « société civile »

a) La « mobilisation de la honte » et la « responsabilité du consommateur » dans le marché global

415. Les campagnes de la « société civile » contre les abus commis par les entreprises transnationales ont déjà une histoire³⁷⁰. Ce pourquoi, en traitant du « *Business case for human rights* », on a déjà remarqué que les entreprises transnationales ont un intérêt économique précis à minimiser le risque d'être responsables de violations graves des droits de l'homme car cela produit des coûts importants quant à la réputation se traduisant par des pertes de marché importantes³⁷¹.

416. Des organisations de la « société civile » ont lancé, par exemple, des campagnes sur diverses activités telles que la commercialisation du lait pour bébés dans les pays en voie de développement, les ateliers de misère dans l'industrie textile profitant aux multinationales ou encore le trafic illicite de diamants qui alimentent les conflits en Afrique. Ces actions ont généré une véritable « mobilisation de la honte » à l'échelle

370. Ainsi, par exemple, l'*International Baby Food Action Network*, le réseau international des groupes d'action pour l'alimentation infantile, a influencé la décision de l'Assemblée mondiale de la santé d'adopter le Code international de commercialisation des substituts du lait maternel en 1981 et a mené depuis lors des audits indépendants et réguliers sur l'application du code. Cf. www.ibfan.org/code_watch-reports.html.

371. « L'expression risque de réputation désigne le risque financier qu'encourent des entreprises dont l'image de marque pourrait être ternie par des scandales, notamment liés à leurs pratiques sociales et environnementales. Difficile à évaluer en raison du manque d'éléments objectifs permettant d'une part de mesurer la valeur d'une marque et d'autre part la réalité du risque de scandale couru par une entreprise, il demeure néanmoins suffisamment tangible pour être une des principales raisons incitant les entreprises à s'engager dans des démarches de RSE. » (www.novethic.fr/lexique)

mondiale et peuvent parfois se révéler plus efficaces que l'utilisation de la justice des Etats.

417. L'inventaire systématique des méthodologies mises au point par les organisations de la société civile pour contrôler le comportement du secteur privé doit encore être dressé.

Aidés par les nouvelles technologies de l'information et de la communication, grâce à Internet et aux *social networks*, les activistes des droits de l'homme utilisent la pression de la société civile pour concrétiser la responsabilité, du moins morale, des entreprises vis-à-vis de leurs clients et du monde entier. Il s'agit d'activités ayant pour but, entre autres, de dénoncer les violations graves des droits de l'homme, la corruption, la mise en œuvre des programmes d'investissement, d'exploitation des ressources des communautés pauvres.

418. Cependant, on voit bien qu'il s'agit d'incitations ou plus encore de sanctions informelles qui s'appliquent sous la pression du public – potentiellement mondial grâce à Internet – et donc des consommateurs des biens ou services de l'entreprise transnationale. En effet, ces groupes d'activistes tels que les ONG agissent comme un catalyseur, mobilisant la vergogne de la société civile et dirigeant ces sentiments vers une ou plusieurs entreprises responsables de violations des droits de l'homme. Ainsi, elles défendent les victimes ou même utilisent les informations sur leurs plaintes pour démontrer et divulguer les défaillances des codes de conduite des entreprises, de leur « responsabilité sociale » ou encore de la faillite de l'Etat qui ne protège pas les victimes. Cela augmente également la pression sur les dirigeants d'entreprises, qui sont alors incités à expliquer et à justifier leurs décisions et actions.

419. En conclusion, les ONG et les communautés affectées par les entreprises peuvent dévoiler les abus et dénoncer (*naming and shaming*) les entreprises qui utilisent les initiatives RSE pour se donner une bonne image publique (*greenwashing*). On voit bien, alors, le vrai contrepoids de la « responsabilité sociétale de l'entreprise » (RSE) et l'émergence d'une « responsabilité individuelle du consommateur » dans le marché global.

Autrement dit, si c'est le marché et non plus l'Etat qui est souverain, il s'ensuit que le choix du consommateur, c'est-à-dire le vote donné par chaque consommateur à chaque achat, devient la règle et la sanction pour les entreprises transnationales. Bref, au lieu de se plaindre de la globalisation et de proclamer « ouvriers de tous les pays unissez-vous ! », comme dans le Manifeste du parti communiste de K. Marx et

F. Engels, aujourd'hui il faudrait dire « consommateurs de tous les pays unissez-vous ! ». La RSE deviendrait alors bien efficace.

b) *L'activisme actionnarial* (shareholders' activism)

420. Une autre façon de demander le respect de la RSE est celle de l'activisme actionnarial.

Ceci peut être défini comme l'exercice et la mise en application par les actionnaires minoritaires d'une société de droits attachés aux actions d'une entreprise qu'ils détiennent, en vue d'influencer la gouvernance de celle-ci.

C'est donc le fait par un ou plusieurs actionnaires d'intervenir dans les assemblées générales des sociétés commerciales pour interpellier les dirigeants sur les pratiques peu transparentes ou éthiquement contestables des entreprises qu'ils financent.

On peut distinguer deux logiques d'activisme actionnarial, mais qui toutes deux supposent une bonne maîtrise du droit des sociétés.

421. La première est celle d'actionnaires déjà présents dans la société et qui souhaitent que celle-ci adopte un comportement conforme à l'éthique proclamée comme RSE. Ici, le vote négatif en assemblée de la société est analysé comme un message adressé aux dirigeants et représente l'opportunité pour l'actionnaire actif d'indiquer aux dirigeants ses préférences.

422. La seconde logique est celle « d'actionnaires d'opportunité » qui n'ont acquis des titres que pour influencer le comportement de l'entreprise.

En effet, les actionnaires peuvent avoir accès à un certain nombre d'informations qui sont susceptibles de révéler la manière dont l'entreprise prend en compte les droits humains, les droits sociaux et l'environnement.

Par ailleurs, tout actionnaire a toujours la possibilité de poser des questions écrites ou orales aux dirigeants lors des assemblées générales.

Or il peut être très important en termes de relations entre la direction et les actionnaires que les réponses fournies soient satisfaisantes. Car si la performance de l'entreprise devient négative sur le marché à cause des violations dont elle est accusée, la RSE devient un instrument crucial pour évaluer la performance des dirigeants et leurs éventuelles responsabilités sur la base de la *lex societatis* en plus de celle de la *lex loci damni*.

2. L'effectivité transnationale des codes comme résultat d'un contrôle «privé» structuré

423. L'existence, la fiabilité et la transparence des mécanismes de *monitoring* et de contrôle sont l'une des articulations les plus fragiles de la problématique entre droits de l'homme et sociétés transnationales (STN). Les codes de conduites et autres efforts d'autorégulation (type Pacte mondial), ne peuvent prétendre avoir une certaine efficacité que si l'on peut juger des résultats concrets et prendre des mesures si besoin.

D'un côté, les entreprises privées utilisent une variété de moyens pour recueillir les plaintes et les griefs, notamment les boîtes aux lettres dédiées, les adresses électroniques, les systèmes de messagerie, les lignes d'appel, les sites Internet interactifs, les guichets et responsables du traitement des plaintes (voir *infra* chapitre IV). Ces services peuvent être situés dans des bureaux, des usines, etc. Ils peuvent se spécialiser, en se concentrant sur un problème particulier, ou être saisis des commentaires ou plaintes de tout type.

Les systèmes de contrôle interne peuvent être améliorés s'ils tiennent compte des normes relatives aux droits de l'homme, qui fournissent des indications supplémentaires sur les normes de conduite que les fonctionnaires devraient respecter, sur les standards de prestation de services et les processus administratifs. Elles définissent également les droits essentiels des individus et des clients servis par une administration. Parmi ces droits se trouvent notamment ceux d'obtenir des renseignements sur les services offerts et de demander réparation en cas de mauvaise administration.

a) Les systèmes de certification

424. Les STN peuvent soumettre à des instances privées d'audit, de contrôle et de certification. Ces mécanismes doivent être objectifs, indépendants, suffisamment dotés en ressources et transparents. Ils doivent également contenir des mécanismes de recours.

425. Il y a plusieurs systèmes de certification. Le standard SA 8000, lancé par le *Council on Economic Priorities*, concerne les conditions de travail, l'interdiction du travail des enfants et le travail forcé. Il existe deux types d'engagement pour les entreprises : celles-ci obtiennent le «certificat» en cas de respect des normes concernant la production, et le statut de «membre» si les critères sont également respectés pour les filières d'approvisionnement et pour toutes les unités de production.

426. En revanche, le Processus de Kimberley concernant les diamants bruts est un autre exemple de système de certification : c'est un régime international créé à l'initiative des pays africains producteurs de diamants bruts, et des pays importateurs et exportateurs, de l'industrie et de la société civile suite à la Conférence de Kimberley (Afrique du Sud) en 2002. Son origine date du début des années 1990, lorsqu'on estimait que près de 15 % du commerce mondial des diamants était constitué de diamants de sang, extraits par les STN dans des conditions déplorables et dont les profits finançaient des guerres civiles ravageuses en Afrique comme dans d'autres endroits.

Le processus de Kimberley comprend quarante-huit Etats membres et des organisations de la société civile actives dans le commerce des diamants³⁷². Le Conseil mondial des diamants – représentant de l'industrie diamantaire – est également partie prenante du processus. Celui-ci se construit comme un système de monitoring et de contrôle de toutes les étapes de production des diamants, débouchant sur un système de certification des pierres qui garantit leur fabrication régulière. Les Etats et entreprises membres acceptent de recevoir la visite d'une « mission d'examen », constituée par un groupe d'experts indépendants chargés de vérifier la conformité des modes de production avec les engagements du processus. L'industrie du diamant estime que, grâce au processus de Kimberley, la part des diamants de sang dans le commerce mondial a pu être réduite à moins de 1 %.

Pour s'en tenir, par exemple, aux normes relatives aux conditions de travail, elles procèdent de la mise en place de procédures d'audit dans le but d'évaluer et de gérer son impact socio-écologique, démarche dite de management environnemental qui peut aboutir à une certification internationale ISO 14001³⁷³ ou communautaire sur la base du règlement EMAS³⁷⁴. Il peut s'agir aussi de la soumission à des labels sociaux certifiés³⁷⁵ tels que le programme de responsabilité sociale 8000 adopté

372. <http://www.kimberleyprocess.com/>.

373. La norme ISO 14001, initiée en 1996 et révisée en 2000, traite en premier chef du « management environnemental », c'est-à-dire de ce que réalise l'organisme pour minimiser les effets dommageables de ses activités sur l'environnement, améliorer en permanence sa performance environnementale.

374. Voir notamment C. London, *Environnement et stratégie de l'entreprise*, Paris, Apogée, 1993, p. 129 ; C. Lepage, *Bien gérer l'environnement*, Editions Le Moniteur, 1999.

375. Le *label social* est une certification décernée aux entreprises qui valorisent le dialogue interne, le bien-être et la qualité de vie au travail, et qui instaurent de bonnes conditions de travail. Ce label se base sur la qualité de la politique sociale et le respect par l'entreprise des droits de l'homme. Il est accordé aux entreprises qui respectent les huit conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail.

sous l'égide des Nations Unies ou encore – très rarement – de la conclusion d'accords-cadres internationaux³⁷⁶.

427. En premier lieu, ces procédures, dès lors qu'elles supposent que l'entreprise analyse son activité au regard de ses aspects environnementaux directs et indirects, couvrent tant l'environnement extérieur que celui du travail. La qualité de l'environnement peut d'ailleurs s'inscrire dans un système d'amélioration volontaire de la santé et la sécurité au travail : ces procédures seront alors opportunément harmonisées dans une démarche unique, avec des audits et revues de directions communs. Ainsi, en matière de management de la santé et de la sécurité au travail, le référentiel OHSAS 18001³⁷⁷ permet de mettre en place une politique de gestion réunissant à la fois des normes de qualité et de respect de l'environnement et des normes de sécurité au travail³⁷⁸.

428. En second lieu, on observe que dans l'entreprise, la mise en place de ces procédures influe sur l'organisation du travail : outre la désignation d'un responsable environnemental, un *Business Ethics Officer* est désormais responsable des droits de l'homme.

429. Facultative dans la démarche ISO, la participation des travailleurs est considérée comme obligatoire dans le système EMAS où elle est présentée comme un des vecteurs d'amélioration des résultats environnementaux³⁷⁹.

430. D'une part, l'entreprise « doit identifier les besoins en formation » et « exiger que tout personnel dont le travail peut avoir un impact environnemental significatif, ait reçu une formation appropriée ».

431. D'autre part, l'entreprise doit établir des procédures pour que son personnel « à tous les niveaux et fonctions concernés » soit sensibilisé à l'importance de la conformité environnementale, aux impacts environnementaux significatifs « réels ou potentiels », à son

376. M.-A. Moreau, « Négociation collective transnationale : réflexions à partir des accords-cadres internationaux du groupe Arcelor-Mittal », *Dr. soc.*, 2009, p. 93.

377. La norme OHSAS 18001 est un modèle de prévention de risques professionnels. Son objectif est de fournir aux entreprises le souhaitant un support d'évaluation et de certification de leur système de management de la santé et de la sécurité au travail, compatibles avec les normes internationales de système de management.

378. Voir OHSAS 18001 *Occupational Health and Safety Assessment Systems* <http://www.ohsas-18001-occupational-health-and-safety.com/>. Voir également Principes directeurs concernant les systèmes de gestion de la sécurité et de la santé au travail, ILO-OSH 2001, Organisation internationale du travail (OIT), 2002, <http://www.ilo.org/public/english/protection/safework/cops/french/download/f000013.pdf>.

379. L'EMAS a été institué en 1993 et a évolué au fil du temps. Le règlement EMAS 2, dont la dernière révision remonte à 2009, établit la base juridique du système.

rôle et ses responsabilités à cet égard. Enfin, le personnel exécutant des tâches spécifiques pour l'environnement «doit avoir acquis la compétence nécessaire par une éducation appropriée, une formation appropriée et/ou par l'expérience».

b) *Les normes ISO*

432. Les lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale ISO 26 000 ont pour objectif de définir le concept de responsabilité sociétale et de le rendre applicable à tout type d'organisation (entreprises, collectivités territoriales, associations), quelle que soit sa taille ou sa localisation³⁸⁰.

Elles ont été élaborées au sein de l'Organisation internationale de normalisation (ISO)³⁸¹, entre 2005 et 2010 par plus de cinq cents experts composant quatre-vingt-dix délégations nationales organisées en six types d'acteurs représentatifs de la société (entreprises, syndicats, consommateurs, ONG, experts et administrations publiques). Ont aussi participé quarante-deux organisations internationales, dont l'OIT, la Commission européenne, l'OCDE et l'OMS.

Les normes ISO 26000 visent à guider les organismes dans la prise en charge de la RSE. Elles proposent un cadre pour identifier et dialoguer avec les parties prenantes et crédibiliser la communication à propos de la RSE, valoriser les résultats obtenus, améliorer les liens avec les clients, faire la promotion d'une terminologie unique au sujet de la RSE et assurer la cohérence avec les documents existants et les autres normes ISO. Elles sont conçues comme des lignes directrices. En revanche, elles ne contiennent aucune obligation, et sont donc en soi moins contraignantes que les normes ISO de système de management ou de certification.

Les normes ISO 26000, publiées en novembre 2011, définissent la responsabilité sociétale comme la

380. Depuis 2010, la norme ISO 26000 présente des lignes directrices pour tout type d'organisation cherchant à assumer la responsabilité des impacts de ses décisions et activités et en rendre compte. Voir à ce sujet : M. Capron et F. Quairel, *La norme ISO 26000, une norme hors norme*, Paris La Découverte, 2010 ; I. Daugareilh (dir. publ.), *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruxelles, Bruylant, 2010 ; I. Daugareilh, «Le droit à l'épreuve de la RSE», dans C. Gendron et B. Girard, *Repenser la responsabilité sociale de l'entreprise*, éd. Armand Colin, 2013, p. 199-214 ; F. Laronge, «La norme ISO 26000, source de droit en matière sociale?», *Dr. soc.*, 2013, p. 345.

381. L'ISO est une fédération internationale d'organismes de normalisation rassemblant cent soixante pays. Des informations sur la norme ISO 26 000 sont disponibles sur le site <http://www.iso.org>.

«responsabilité d'une organisation vis-à-vis des impacts de ses décisions et activités sur la société et sur l'environnement, se traduisant par un comportement éthique et transparent qui contribue au développement durable, y compris à la santé et au bien-être de la société; prend en compte les attentes des parties prenantes; respecte les lois en vigueur tout en étant en cohérence avec les normes internationales de comportement; est intégré dans l'ensemble de l'organisation et mis en œuvre dans ses relations».

Cette responsabilité concerne sept «questions centrales» comme *a)* la gouvernance de l'organisation (y compris le respect de la loi, la transparence, la responsabilité de rendre compte et le dialogue avec les parties prenantes); *b)* les droits de l'homme; *c)* les conditions et relations de travail; *d)* l'environnement; *e)* les bonnes pratiques des affaires (y compris la lutte contre la corruption); *f)* les questions relatives aux consommateurs, et *g)* l'engagement sociétal.

433. Si pour respecter les droits humains, les STN ont une obligation de vigilance (*due diligence*), elles doivent identifier, prévenir et traiter les impacts réels ou potentiels sur les droits de l'homme résultant de leurs activités ou des activités de ceux avec lesquels elles sont en relation. Aussi, la norme ISO 26000 met l'accent sur des situations de risques pour les droits de l'homme (zone à faible gouvernance, groupes vulnérables, etc.) où des mesures supplémentaires doivent être prises par les organisations.

434. La valeur ajoutée de l'ISO 26000 est plutôt dans le développement des concepts et des questions laissées ouvertes par M. Ruggie, telles que celles de la sphère d'influence pour déterminer la complicité des entreprises, le cycle de vie complet des produits, l'achat et l'approvisionnement durable, la consommation durable, le marketing responsable, le droit des consommateurs à la vie privée et à l'information, le respect des valeurs et coutumes des communautés. Les organisations devraient aussi éviter toute complicité dans des violations des droits de l'homme qu'elle soit active, passive, ou silencieuse. Mais que faire si ces normes ne sont pas respectées?

435. Or comme l'entreprise reçoit une certification de qualité par l'ISO, il s'ensuit qu'une éventuelle réclamation doit être soumise officiellement à l'entreprise certifiée concernée. Si la réponse reçue n'est pas satisfaisante, une réclamation officielle auprès de l'organisme de certification national peut être déposée. En dernier ressort une réclamation peut être soumise auprès de l'ISO. Donc, on voit bien

que la sanction ultime prévue dans ce système est la révocation de la certification ISO, une sanction analogue au *de-listing* du Pacte mondial, une sanction donc provenant de la loi du marché plus que de la loi d'un Etat.

c) *Les normes IASB*

436. Il faut mentionner aussi, en passant, les normes uniformes de l'IASB (*International Accounting Standards Board*). Il s'agit d'un organisme international chargé d'élaborer et de publier des normes comptables internationales pour la présentation des bilans financiers des entreprises. Cette organisation à but non lucratif a été créée en 1973 par les instituts comptables de dix pays (Australie, Canada, France, Allemagne, Japon, Mexique, Pays-Bas, Royaume-Uni, Irlande et Etats-Unis), et publie les IFRS (*International Financial Reporting Standards*) secteur par secteur – qui remplacent depuis 2001 les IAS (*International Accounting Standards*) –, par exemple l'IFRS 6 qui permet plus de transparence dans les finances des entreprises qui pratiquent l'extraction minière et/ou d'hydrocarbures.

d) *Le Global Reporting Initiative (GRI)*

437. De la même manière, des initiatives se sont développées incitant les acteurs impliqués dans la mise en œuvre du développement durable à faire rapport sur leur performance environnementale et sociale sur la base de critères harmonisés. On a déjà mentionné le GRI. Fondé en 1997 par la coalition pour les économies environnementalement responsables (CERES) en association avec le programme d'environnement des Nations Unies (PNUE), le GRI propose un référentiel d'indicateurs qui permet de mesurer l'avancement des programmes de développement durable des entreprises. L'objectif de cette initiative est donc d'élaborer des lignes directrices et une standardisation de normes pour la rédaction des rapports environnementaux et sociaux³⁸².

Le GRI a donc pour objectif d'élaborer des directives applicables mondialement par les entreprises ou organisations de toute taille, en tout lieu et pour tout secteur, en matière de développement durable

382. Cf. la synthèse de Michel Doucin, ambassadeur en charge de la bioéthique et de la responsabilité sociale des entreprises, 1^{er} octobre 2010, http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/Synthese_RSE_Engagement_France_FR_oct_2010final__2_.pdf.

ainsi que de rendre compte (*reporting*) des performances économiques, sociales et environnementales des entreprises.

438. Cependant, cet instrument a été critiqué car il ne fait que valider les résultats fournis par les entreprises elles-mêmes et ne détaille pas le processus mis en œuvre pour atteindre les objectifs de protection de l'environnement ou de respect des droits humains.

e) *L'investissement socialement responsable*

439. En avril-mai 2006, à Paris et New York, des principes pour l'investissement responsable (PRI) sont initiés par le département finance du Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE-Fi). Ces principes marquent la reconnaissance internationale d'une nouvelle approche fondée sur les problématiques environnementale, sociale et de gouvernance (ESG) dans la gestion des portefeuilles d'investissement. Les PRI consacrent la réception du développement durable dans une logique financière et tentent la synthèse entre *Corporate Governance*, responsabilité sociale des entreprises et développement durable, qui présentent une complémentarité évidente. C'est là une illustration forte de la nécessité, perçue par le secteur financier, de réformer profondément le regard sur l'entreprise et les attentes dont elle est porteuse.

440. Le préambule des principes invoque la responsabilité fiduciaire des investisseurs institutionnels qui se reconnaissent l'obligation d'agir pour les meilleurs intérêts à long terme de leurs bénéficiaires.

441. Les principes traduisent également le fait que l'intégration de ces préoccupations n'est pas circonscrite aux seuls fonds «éthiques» ou «socialement responsables», mais que la grille d'appréciation peut être appliquée à toute politique d'investissement. A cet égard, il est symptomatique que les investisseurs institutionnels privés et publics, assureurs et gérants de fonds, qui se sont engagés dans les PRI entendent non seulement appliquer ces critères dans le cadre de leurs décisions d'investissement et politiques d'actionnariat, mais encore promouvoir des exigences élevées dans l'ensemble du secteur financier.

L'évolution est d'autant plus significative qu'elle se place dans une perspective qui vise, de façon très assumée, à conférer des avantages en termes d'accès aux financements aux entreprises intégrant explicitement le développement durable à leurs pratiques.

442. Les six principes mis en avant sont les suivants : intégrer les problématiques ESG dans l'analyse et les décisions d'investissement ; intégrer les questions ESG dans les politiques et pratiques d'actionnaires ;

demander les informations relatives à ces questions aux entités dans lesquelles a lieu l'investissement ; assurer la promotion et la diffusion de ces principes dans l'industrie de l'investissement ; travailler à accroître l'efficacité dans leur mise en application ; rendre compte des activités et des progrès dans cette mise en œuvre.

443. Or, ici, si l'adoption des principes repose sur une approche volontaire, en revanche, on quitte nécessairement le domaine du « droit mou » dès lors qu'ils ont été effectivement adoptés. Ils pourront ainsi être envisagés, tout comme la RSE, dans une perspective juridique « classique » lorsqu'ils auront été intégrés aux démarches contractuelles ou auront fait l'objet de communications de nature à susciter l'adhésion de certains investisseurs.

f) *Critique des référentiels*

444. S'il faut valoriser le développement des indicateurs quantitatifs, il faut savoir aussi qu'ils peuvent cacher, derrière le masque de ces chiffres, des présupposés culturels clairs, des choix politiques ou des définitions inexactes. Ainsi, pour commencer, on peut observer que les référentiels les plus connus sont d'origine anglo-américaine et qu'un débat mondial à ce sujet n'a pas encore vu le jour (par exemple à l'ONU). Les systèmes de certification ISO 14001 et SA 8000 sont trop liés aux grandes sociétés de comptabilité – pour ne pas dire qu'il s'agit des STN chargées de vérifier la *compliance* en droits de l'homme d'autres STN ! – et d'audit anglo-américaines ou nord-européennes. Leurs services sont généralement chers, surtout pour les PME, et leur efficacité est de toute façon limitée car pour évaluer avec exactitude le respect des droits de l'homme d'une entreprise transnationale il faut du personnel spécialisé en droits de l'homme dans plusieurs langues et une équipe multinationale prête à être déployée dans tout pays et région du monde

445. Ensuite, il faut faire attention à l'équilibre des indicateurs : la GRI peut, en effet, être plus approfondie en matière environnementale qu'en matière sociale. Encore, sur le plan des modalités de contrôle, on peut observer que la SA 8000 n'a pas eu de succès car sa méthode objective appelant des tierces parties à effectuer un contrôle surprise sur les sites des entreprises a découragé cette certification. Que dire après des modalités et de la profondeur d'audit de sous-traitants et de toute la *supply chain* ? Il s'agit d'un champ d'étude encore peu exploré et des audits complets faits par les organismes de vérification, sociétés

et cabinets d'audits, et ONG semblent trop coûteux pour être réalistes. En effet, pour être fidèles à la réalité observée ces audits devraient « suivre » l'entreprise transnationale sur tous les continents où elle opère et s'élargir à toute sa « sphère d'influence », ce qui paraît impossible.

C'est pourquoi l'OIT a dénoncé, en 2003, la faiblesse des systèmes d'accréditation, de certification, de contrôle ou d'inspection³⁸³. En l'absence de véritables standards internationaux comme des contrôles appropriés en cette matière il faut espérer que le marché de l'audit règle cette question. Bref, comme le disait le poète romain Juvénal, *quis custodiet ipsos custodes?*

3. *L'efficacité juridique des codes de conduite sanctionnée par la loi applicable*

446. Pour déduire les conséquences juridiques des codes de conduite il faut se placer dans un ordonnancement juridique donné, soit-il de type

383. OIT, doc. GB.286/WP/SDG/3, novembre 2003 :

« Le nombre d'initiatives au plan international ayant trait à l'accréditation, à la certification, au contrôle et à l'inspection ... sont contrôlées et gérées par une seule entreprise, en règle générale une entreprise multinationale, et s'adressent à ses filiales et à ses divers fournisseurs, jusqu'à des programmes d'accréditation et de certification complets et indépendants. Ces derniers décernent souvent des labels ou autre forme de reconnaissance officielle. La caractéristique commune de ce type d'initiatives est leur caractère privé et une focalisation sur les normes du travail. Elles s'appuient habituellement sur une norme privée à l'aune de laquelle les opérations sur le lieu de travail sont contrôlées ... Les programmes d'accréditation et de certification sont les initiatives de ce type les plus courantes. Les entreprises qui y recourent le font pour diverses raisons, notamment la pression des consommateurs, le contrôle de la qualité ou la déontologie professionnelle. La plupart de ces programmes sont gérés par une organisation dirigeante chargée d'agréer d'autres organismes faisant fonction d'agences de notation. Ces agences à leur tour certifient que la forme privée est bien respectée sur le lieu de travail et par l'entreprise ... Chaque initiative a son propre mode de fonctionnement, mais la plupart d'entre elles s'attachent aux aspects suivants : la gouvernance, en particulier les systèmes de contrôle utilisés pour garantir la qualité et la performance de l'ensemble du programme ; les caractéristiques des agences de notation et les mécanismes qu'elles mettent en place pour assurer leurs prestations, en particulier la formation des vérificateurs, la manière dont elles assurent la qualité constante de leurs prestations et se tiennent informées des dernières tendances et techniques en matière d'audit social et dans les secteurs qu'elles couvrent ; les développements concernant les questions relatives aux relations professionnelles et à l'emploi ; les méthodologies mises au point et utilisées pour vérifier l'application des normes du travail ; les réclamations et les systèmes de recours ; et, enfin, les rapports entre les agences de notation et le lieu de travail ou l'entreprise soumise à l'audit. Il est difficile de conduire une étude approfondie de ces programmes, car une grande partie des informations et les méthodologies suivies sont confidentielles. Seules quelques organisations font connaître les méthodologies d'audit qu'elles utilisent effectivement, et il est rare que les règles régissant le fonctionnement des programmes aux différents niveaux soient rendues publiques. »

étatique, interétatique ou transnational et à partir de là en tirer toutes les conséquences. Ici l'on songe, en ligne avec le droit international privé classique, à la loi de l'Etat et au conflit des lois étatiques fondé sur le présupposé positiviste suivant lequel « l'ordre juridique est exclusif dans le sens qu'il exclut le caractère juridique de ce qui ne rentre pas en lui-même »³⁸⁴. Quelle est donc l'efficacité juridique des codes de conduite de source privée ? Divers cas d'espèce peuvent être envisagés pour « responsabiliser juridiquement » les entreprises, pas comme le fait M. Ruggie, mais sur la base des engagements pris dans les codes de conduite ou qui sont considérés comme juridiquement efficaces par la loi applicable.

447. La première piste de transformation d'un acte privé de *soft law* dans un instrument contraignant, de *hard law*, est la « contractualisation » d'un code de conduite (a).

Ensuite, à travers notamment la théorie de l'engagement unilatéral, c'est-à-dire avec un acte par lequel une personne manifeste l'intention de se lier personnellement par la seule expression de sa propre volonté, il en résulte des obligations à sa charge (b).

Enfin, la violation d'un code de conduite peut comporter la responsabilité délictuelle de l'entreprise par le biais de la loi applicable aux délits (c).

a) *Les droits de l'homme par contrat et la « contractualisation » des droits de l'homme*

448. Devant la faible effectivité des initiatives tant sur le plan interétatique que sur le plan non étatique pour garantir les droits de l'homme, la contractualisation des droits de l'homme n'apparaît pas ou plus comme une provocation. Il s'agit d'une transformation des règles des codes de conduite en clauses contractuelles. Ceci est particulièrement important pour assurer le respect des droits sociaux fondamentaux tout au long de la chaîne d'approvisionnement transnational de l'entreprise (i). Mais, de façon paradoxale, la contractualisation de ces codes de conduite peut aussi introduire dans le contrat de travail toute une série d'obligations qui vont s'imposer aux travailleurs jusqu'à en justifier le licenciement (ii). D'où la solution, préconisée par l'OIT, d'élaborer des accords-cadres internationaux (iii).

384. R. Ago, « Règles générales des conflits de lois », *Recueil des cours*, tome 58 (1936).

i) *La contractualisation des droits de l'homme et la chaîne des responsabilités* (supply chain)

449. Les entreprises peuvent établir leurs propres codes de conduite et demander à leurs fournisseurs ou partenaires commerciaux de s'engager à respecter les droits de l'homme et les normes d'éthique. Si chaque contrat avec les parties prenantes fait référence à des engagements de RSE, il s'ensuit qu'il est porteur d'opposabilité. Il suffit de penser à des clauses interdisant l'exploitation du travail des enfants ou l'utilisation de matières premières provenant de zones de conflit. La «contractualisation» de la RSE signifie que les clauses du code de conduite d'une STN renvoyant aux droits de l'homme, deviennent aussi les clauses d'un contrat entre l'entreprise et les tiers. Ainsi une des parties peut présenter un recours devant un juge national ou un arbitre international et obtenir la réparation d'éventuels préjudices en cas de non-respect des obligations contractuelles. L'applicabilité d'un code de conduite dans le cadre d'un rapport contractuel transnational n'est ni du cosmétique juridique ni, bien entendu, la panacée³⁸⁵. Comme le souligne M. Tully :

«Adhering corporations must incorporate the Code into operations and policy, assign responsibility, undertake periodic reviews and monitor compliance. Observance of the Code is an enforceable condition of all agreements. Reasonable time limits can be imposed to rectify non observance. Contractors, subcontractors, suppliers and licensees agree to provide operational information, permit inspection, maintain records, inform workers of the Code and refrain from disciplinary action in respect of observance. They may forfeit the right to produce if determined to be in breach.»³⁸⁶

450. C'est, par ailleurs, même plus que ce que préconisent les Principes directeurs de l'OCDE 2011 sur les entreprises multinationales lorsqu'ils invitent les entreprises à «encourager, dans la mesure du possible, leurs partenaires commerciaux, y compris leurs fournisseurs et leurs sous-traitants, à appliquer des principes de conduite des affaires conformes aux Principes directeurs»³⁸⁷.

385. F. Laronce et R. De Quenaudon, «Réflexions juridiques après la tragédie du Rana Plaza - Dacca, 24 avril 2013», *RDT*, 2013, n° 7, p. 487.

386. S. Tully, «International Labour Standards», dans S. Tully (dir. publ.), *International Corporate Legal Responsibility*, Kluwer Int., La Haye, 2012, p. 287.

387. OCDE, Principes directeurs..., *op.cit.*, chapitre II, paragraphe 13, p. 19.

451. A ce propos, le Commentaire des Principes souligne

«qu'il existe des limites pratiques concernant la capacité des entreprises à amener leurs fournisseurs à changer de comportement. Cette limitation tient aux caractéristiques des produits, au nombre des fournisseurs, à la structure et à la complexité de la chaîne d'approvisionnement, ou encore à la position de marché de l'entreprise vis-à-vis de ses fournisseurs ou d'autres entités de la chaîne d'approvisionnement. Cela étant, les entreprises peuvent aussi influencer leurs fournisseurs par le biais d'accords contractuels tels que des contrats de gestion, des obligations de pré-qualification pour les fournisseurs potentiels, des conventions de vote ou encore des accords de licence ou de franchise. Parmi d'autres facteurs pouvant être pris en compte pour déterminer la réponse adéquate à des risques identifiés, on peut citer la gravité des incidences négatives et la probabilité qu'elles surviennent, ou encore le degré d'importance du fournisseur pour l'entreprise».

452. La contractualisation des «engagements responsables» des entreprises dans leurs relations avec leur parties prenantes constitue, donc, une nouvelle et inattendue garantie du respect des droits de l'homme. Chaque contrat, porteur de clauses de contractualisation des droits de l'homme comme concrétisation de la RSE, est porteur d'opposabilité; il permet d'organiser la maîtrise de la relation économique entre deux ou plusieurs personnes et peut être considéré comme un outil efficace de gestion des risques³⁸⁸. On sait qu'une relation contractuelle formalise un risque choisi, et ce d'autant plus que, sur le fondement de la loyauté, des obligations d'informations n'ont cessé de se renforcer en droit des contrats, notamment en matière de contrat de travail³⁸⁹.

S'il y a violation d'un standard de droits de l'homme auquel le contrat fait référence, pourvu que la clause de référence ait été indiquée comme clause essentielle du contrat, l'autre contractant pourra utiliser les remèdes de droit commun et demander l'annulation du contrat ou encore réagir avec la *exceptio inadimpleti contractus*.

388. F. Marrella, «Human Rights, Arbitration and Corporate Social Responsibility in the Law of International Trade», dans *Economic Globalisation and Human Rights*, Cambridge, CUP, 2007, p. 266-310.

389. J.-M. Mousseron, «La gestion des risques par le contrat», *RTD civ.* 1988, n° 3, p. 481.

Bien plus, les dommages-intérêts conséquents pourraient bien aller au-delà du *quantum* normalement attribué par une cour internationale, *i.e.* la Cour européenne des droits de l'homme, car devant un juge national ou un arbitre, c'est tout l'édifice contractuel qui va s'écrouler sur la tête de l'offenseur.

453. A ce propos, le Commentaire des Principes directeurs de l'OCDE est, encore une fois, un peu plus nuancé :

« Du point de vue de la relation d'affaires, les réponses appropriées peuvent prendre plusieurs formes : poursuite de la relation avec le fournisseur pendant toute la durée des efforts d'atténuation des risques ; suspension temporaire de la relation avec poursuite des efforts d'atténuation des risques ; ou, en dernier recours, rupture de la relation avec le fournisseur, soit après que les efforts d'atténuation des risques ont échoué, soit parce que l'entreprise estime qu'aucune atténuation n'est possible, soit à cause de la gravité de l'incidence négative. L'entreprise devrait aussi prendre en compte les incidences négatives éventuelles, sur les plans social et économique, d'une décision de désengagement. »³⁹⁰

454. M. Philippe Kahn affirme que la prédisposition d'un code de conduite de la part d'un contractant, au cas où il viendrait à la connaissance de l'autre contractant, pourrait être suffisante pour déterminer la confiance de l'autre partie en déterminant une confiance légitime à laquelle le contractant muni de ce code serait astreint.

En cas de contentieux et notamment en référence à un règlement éventuel des différends en matière arbitrale, le code de conduite individuelle devra donc être susceptible d'évaluation juridique à la lumière du principe général de droit commercial international selon lequel *patere legem quam fecisti* ou « nul ne peut se contredire au détriment d'autrui ». Il s'agirait donc d'une application particulière du principe selon lequel les parties ne doivent pas *venire contra factum proprium*, principe général de droit du commerce international amplement reconnu par les arbitres internationaux³⁹¹.

390. *Ibid.*, Commentaire sur les principes généraux, p. 25.

391. Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, n° 1462. Plus spécialement, comme le notent les professeurs D. Bureau et H. Muir Watt, dans *Droit international privé*, tome I, Paris, PUF, 2007, p. 374, et Cass. civ. 1^{re}, 6 juillet 2005, *Golshani*, note Ph. Pinsolle, *Rev. arb.* 2005.993 : « ce qui relève spécifiquement de l'estoppel, par rapport à d'autres comportements incohérents ou de mauvaise foi, c'est le fait que l'argument juridique contradictoire tend à aller à l'encontre d'une représentation adoptée dans la réalité, en dehors du prétoire ».

455. En effet, selon l'article 1.8 des Principes d'Unidroit 2010 sur les contrats de commerce international, «une partie ne peut agir en contradiction avec une attente qu'elle a elle-même suscitée chez une autre partie, lorsque cette dernière a cru raisonnablement à cette attente et a agi en conséquence, à son désavantage»³⁹².

Or, la fonction assumée par un code de conduite manifesté à l'extérieur de l'entreprise est précisément d'obtenir la confiance de la contrepartie : «d'ailleurs dans les codes, la nécessité ou l'utilité d'obtenir la confiance des gens avec lesquels l'entreprise est en relation revient en *leitmotiv*»³⁹³. Par conséquent, la lésion de l'attente légitime de l'autre partie à propos du respect de la RSE fixée dans un code de conduite d'une STN devrait être suffisant pour obtenir une indemnisation.

456. Au-delà de cette hypothèse, une perspective ultérieure consiste à utiliser ces codes comme un guide de l'interprétation de bonne foi des contrats stipulés, *business to business*, par l'entreprise dans le but de l'évaluation du comportement de cette même partie dans l'exécution du contrat. Car l'interprétation du contrat se fait, normalement, selon la *lex contractus* mais, dans le commerce international

«selon la commune intention des parties. Faute de pouvoir déceler la commune intention des parties, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation»³⁹⁴.

Ainsi s'expriment les Principes d'Unidroit 2010, à l'article 4.1, en ajoutant que :

«1) Les déclarations et le comportement d'une partie s'interprètent selon l'intention de leur auteur lorsque l'autre partie connaissait ou ne pouvait ignorer cette intention.

2) A défaut d'application du paragraphe précédent, ils s'interprètent selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation.»³⁹⁵

392. Voir le texte des principes ainsi que leur application en jurisprudence sur le site : www.unilex.org.

393. Kahn, *op. cit.*, p. 491.

394. A propos de la définition de *personne raisonnable*, le Commentaire des Principes d'Unidroit note que :

«Il ne s'agit pas d'un critère général et abstrait de ce qui est raisonnable, mais davantage de la compréhension que pourrait raisonnablement avoir une personne ayant par exemple la même connaissance linguistique, la même compétence technique ou la même expérience commerciale que les parties.»

395. Article 4.2, Principes d'Unidroit 2010.

Tout cela, étant donné que l'interprétation va se tourner *contra proferentem* : « En cas d'ambiguïté, les clauses d'un contrat s'interprètent de préférence contre celui qui les a proposées. »³⁹⁶

457. Il apparaît ainsi que, dans le cadre contractuel, la *faute* de l'entreprise manquant à ses engagements contractuels pourra être sanctionnée. Il n'est en effet pas nécessaire qu'une disposition légale soit violée pour caractériser une faute et la sanction, par la jurisprudence, de la violation de règles purement privées ou d'engagements contractuels spécifiques va clairement dans ce sens³⁹⁷.

Le juge, ou *a fortiori* l'arbitre, peut contribuer à l'effectivité de la norme de conduite élaborée par des organismes privés dans la mesure où il y voit un standard professionnel dont la violation est constitutive d'une faute civile.

458. Au contraire, il devra être vigilant au possible abus de la « contractualisation des droits de l'homme ». En effet, cette contractualisation va se réaliser à travers des contrats cadre, s'agissant des contrats prédisposés par la STN en tant que cocontractant fort. Le sous-traitant, ainsi, va normalement se trouver dans une position de *rule taker*, non pas de *rule maker*. Or, dans la meilleure des hypothèses c'est un effet positif car ce dernier sera « forcé » par contrat de respecter les droits de l'homme dans son activité. Cependant, le risque ici est que la contractualisation – non pleinement négociée – devient un outil de la STN dominante pour se débarrasser des obligations en son chef, de son *accountability*, et déplacer tout cela à la charge de ses sous-traitants.

Toutefois, comme l'Etat ne peut se débarrasser de ses obligations de protection de droit international par privatisation, les STN ne devraient pas pouvoir se libérer de leur « responsabilité » de respecter et donc les juges, les arbitres, les Points de contact nationaux (PCN)³⁹⁸, les ONG

396. Article 4.6, Principes d'Unidroit 2010.

397. G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 2^e éd., 1998, Paris, LGDJ, n° 461, p. 346, évoquent ainsi

« l'inobservation d'un « principe général du droit », d'une coutume impérative ou même d'un simple usage, d'une réglementation d'origine purement privée, ou encore des directives imposées par un syndicat, une association ou un ordre professionnel à leurs membres, notamment sur le plan déontologique ».

398. Ainsi, le point de contact national français, dans son *Rapport sur la mise en œuvre des Principes directeurs de l'OCDE dans la filière du textile et de l'habillement* (2 décembre 2013), suite à la saisine effectuée par M^{me} Nicole Bricq, ministre du Commerce extérieur, a observé que :

« Il y a chaîne de responsabilité lorsqu'une entreprise donneuse d'ordre exige contractuellement de ses fournisseurs qu'ils déclinent les exigences sociales et environnementales qui figurent dans ses documents RSE (code de conduite des affaires, charte éthique, accord-cadre international...) et imposent lesdites

devront rester particulièrement vigilants. Les Principes directeurs des Nations Unies ne s'occupent pas de ces questions, mais il est sûr qu'ils ne favorisent pas la cession, *pro soluto*, d'obligations de protection ou de respect des droits de l'homme !

459. C'est aussi pourquoi, au sein du Pacte mondial des Nations Unies, un « *guide to traceability* » a vu le jour en 2014. Il est destiné à améliorer le processus de certification – et donc d'information au consommateur – car on offre la définition suivante du concept de *traceability* :

« The ability to identify and trace the history, distribution, location and application of products, parts and materials, to ensure the reliability of sustainability claims, in the areas of human rights, labour (including health and safety), the environment and anti-corruption. »³⁹⁹

Le processus de RSE et son efficacité s'en trouvent renforcés car la transparence joue en faveur des entreprises respectant les droits de l'homme.

460. En conclusion, dans les rapports contractuels *business to business*, les codes de conduite peuvent développer une véritable force obligatoire : la même force du contrat liant les partenaires.

Les codes de conduite privés sont faits *par* les professionnels du commerce international et *pour* ces professionnels : ils deviennent ainsi, de plus en plus, des « règles du jeu » du milieu des affaires et c'est pour cela qu'une entreprise décide d'en demander le respect, au besoin à travers le contentieux, soit-il judiciaire ou arbitral.

Outre que dans le contexte *business to business*, les codes de conduite ont des effets de droit entre l'entreprise et les travailleurs comme on verra par la suite.

ii) *Les codes de conduite et les salariés*

461. Depuis quelques temps, en droit du travail, on observe une expérience particulière qui mérite d'être rappelée pour les conséquences qu'elle implique sur le statut du travailleur aussi qu'en vue des

exigences à leurs propres fournisseurs. Il y a donc transfert sur les fournisseurs et déclinaison sur les fournisseurs des fournisseurs (rang 2, 3...) des conditions sociales de fabrication attendues et fixées par le donneur d'ordre » (p. 21).

399. https://www.unglobalcompact.org/docs/issues_doc/supply_chain/Traceability/Guide_to_Traceability.pdf. A ce sujet voir P. Rivoli, *The Travels of a T-Shirt in the Global Economy*, 2^e éd., John Wiley & Son, NJ, 2009.

réflexions plus générales qu'elle suscite au niveau de la théorie de la contractualisation internationale des droits de l'homme en général.

462. Du point de vue du contrat de travail entre la STN et un salarié, un code de conduite peut être qualifié comme «un outil permettant de réunir en un document, selon un contenu et un degré de précision variables, les engagements et obligations respectifs de l'employeur et des salariés dans le cadre de l'exécution du contrat de travail»⁴⁰⁰.

463. A notre époque, il s'agit donc de codes de conduite contenant, *inter alia*, non seulement des droits mais aussi des obligations pour les salariés⁴⁰¹.

464. Pour ce qui est des droits sociaux du travailleur correspondant à des obligations de l'employeur et fondés sur de telles démarches volontaires, il apparaît bien qu'en cas de contractualisation il sera possible au salarié d'en exiger le respect⁴⁰². Ce qui ne sera pas intéressant pour les travailleurs employés dans un pays développé car la législation du travail protège normalement plus des stipulations contractuelles. En revanche, les travailleurs des pays moins développés et non protégés par le droit social local auront un intérêt à exiger le respect des droits sociaux contractualisés car, par hypothèse, ces droits sont plus protecteurs que le standard prévu par la loi du pays où l'on accomplit habituellement la prestation de travail.

465. En revanche, pour tous les travailleurs où qu'ils soient dans le monde, il semble que l'insertion de normes de comportement du code de conduite de l'entreprise dans le contrat de travail ou dans des engagements distincts signés par les salariés permet de considérer les violations de ces engagements commis par des salariés comme des fautes graves.

400. Circ. DGT n° 2008/22, 19 novembre 2008 : BO Emploi, travail, formation professionnelle, cohésion sociale n° 12, 30 novembre 2008 ; *JCP S* 2008, act. 629 ; *Rev. dr. trav.* 2009, p. 38, commentaire R. de Quenaudon et M.-J. Gomez-Mustel ; *RTD civ.* 2009, p. 77, commentaire P. Deumier. Voir P.-H. Antonmattei et P. Vivien, «Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives», *Rapport au ministre délégué à l'emploi, au travail et à l'insertion professionnelle des jeunes : Doc. fr. janv. 2007 ; Dr. soc.* 2007, p. 522.

401. A. Sobczak, «Le cadre juridique de la responsabilité sociale des entreprises en Europe et aux Etats-Unis», *Dr. soc.*, 2002, p. 806 ; M. A. Moreau, «L'ordre concurrentiel et les droits sociaux fondamentaux au plan international», dans *Mélanges A. Pirovano*, Paris, Frison-Roche, 2003, p. 385 ss ; *idem*, «Travail forcé, RSE et sous-traitance dans l'industrie textile en Asie : réflexions sur l'action de l'OIT», *Dr. soc.*, 2014, p. 413 ; S. Robin Olivier, R. Beauchard et D. de la Garanderie, «La responsabilité sociale de l'entreprise», *Rev. dr. tr.*, 2011, p. 395 ; P. Deumier, «La responsabilité sociale de l'entreprise et les droits fondamentaux», *D.*, 2013, p. 1564.

402. D. Berra, «Les chartes d'entreprise et le droit du travail», dans *Mélanges M. Despax*, 2002, p. 125.

466. Il suffit de penser à des règles comportementales précises, contenues dans le code de conduite et créatrices de droits ou d'obligations pour le personnel (obligation de confidentialité, dispositions relatives aux conflits d'intérêts, interdiction de corruption ou de trafic d'influence, règles d'utilisation des moyens d'information et de communication de l'entreprise...). Dans cette perspective, ces règles sont alors perçues comme représentatives de l'engagement de loyauté des salariés à l'égard de l'entreprise.

467. Ainsi, par exemple, dans le code de conduite de la ENI S.p.a., il est indiqué que

«l'observance des règles du code est une partie essentielle des obligations contractuelles en fonction de toute loi applicable. La violation des règles de ce code pourra être qualifiée comme faute dans l'exécution des obligations découlant des rapports de travail et comporter la réparation des dommages à cause de cela».

468. Par conséquent, si l'on peut se réjouir du fait que les droits de l'homme forment aussi le contenu des codes de conduite globaux des entreprises, il faut, en même temps, considérer le risque d'abus dont ils sont porteurs pour les travailleurs⁴⁰³.

469. Si un code de conduite d'une STN correspond à son règlement intérieur, il devient par conséquent l'expression du pouvoir réglementaire de l'employeur, c'est-à-dire, le pouvoir d'édicter des «règles qui s'intègrent dans l'ordre juridique étatique»⁴⁰⁴ et dont la *lex contractus* décidera de ses effets.

470. Les juges français semblent privilégier l'assimilation des codes de conduite comportant des droits et obligations sociales au règlement intérieur de l'entreprise⁴⁰⁵. Ce qui implique des obligations procédurales strictes pour son entrée en vigueur comme la consultation des institutions représentatives du personnel ou sa communication préalable à l'inspection du travail de l'Etat.

403. A ce propos, en France, une circulaire arrive à encadrer de façon remarquable les questions dont nous traitons et apporte des éléments de réflexion très utiles débordant du cadre de l'application du droit français : DGT 2008/22 du 19 novembre 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur (*JCP S* 2008, act.629).

404. A. Supiot, «La réglementation patronale de l'entreprise», *Dr. Soc.*, 1992, p. 215.

405. A partir du TGI Nanterre, ordonnance du 6 octobre 2004, n° 04/02865, *CE Novartis pharma*. Voir en doctrine : P. Deumier, «Chartes et codes de conduite des entreprises : les degrés de normativité des engagements éthiques», *RTD civ.*, 2009, p. 77 ss ; E. Daoud et J. Ferrari, «La RSE sociale : de l'engagement volontaire à l'obligation juridique», *JCP S* 2012, p. 1391.

D'après l'approche à la française, la «juridicité» de la règle devrait être caractérisée par son opposabilité à l'employeur lui-même. Ainsi, la norme comportementale qui se contente de formuler un agissement considéré comme fautif, mais laisse à l'employeur le choix de la sanction ne relève pas du domaine du règlement intérieur. Seules les dispositions liant l'employeur dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire caractérisent des règles générales et permanentes de discipline : comme les clauses fixant une corrélation des fautes et des sanctions ou de celles retenant une qualification précise attachée à la violation de la prescription (par exemple «faute grave»).

Par contre, lorsque la «charte éthique» ou un code de conduite ne sont pas intégrés dans le règlement intérieur de l'entreprise, leur force obligatoire s'évanouit et dépend du contenu du document et de la nature des dispositions qui y figurent.

C'est pourquoi, en France, selon la circulaire n° 2008/22 du 19 novembre 2008, trois hypothèses doivent être envisagées :

1. Le document éthique comprend des dispositions qui relèvent toutes du champ du règlement intérieur. Si la loi française est applicable, conformément à l'article L. 1321-5 du Code du travail, ce document éthique est assimilé à une adjonction au règlement intérieur et, par conséquent, suit le même régime juridique.
2. La charte ou le code ne comportent que des dispositions étrangères au domaine du règlement intérieur. Ces «normes patronales innomées» sont dotées d'une force juridique autonome et donc elles seraient affranchies du régime juridique du règlement intérieur et opposables aux salariés. En outre, l'administration estime, sur le fondement de l'article L. 2323-6 du Code du travail, que l'information et la consultation des représentants du personnel sont requises lorsque le document est présenté comme un outil de gestion de l'entreprise.
3. Le document comporte des dispositions dont certaines seulement relèvent du champ du règlement intérieur. Dans ce cas, le code de conduite ne peut être qualifié, dans sa totalité, d'adjonction au règlement intérieur et «le dépeçage» du code ou de la charte semble alors inévitable. Les clauses relevant du domaine du règlement intérieur sont inapplicables puisqu'elles n'ont pas fait l'objet de la procédure impérative, surtout, elles n'ont pas été soumises à l'avis des représentants du personnel ; au contraire, celles imposant le respect de comportements éthiques seront opposables aux salariés. Cependant, là encore, la difficulté consiste à distinguer

les dispositions à finalité éthique ou déontologique des règles de discipline.

Enfin, si le contrôle de l'application de ces codes de conduite ou règlements intérieurs est, à son tour, effectué uniquement par les dirigeants de l'entreprise elle-même, le manque de transparence peut assez facilement se traduire en un instrument despotique pour se libérer d'un salarié pas commode, sous prétexte de sa violation du «droit interne de l'entreprise».

471. Quoi qu'il en soit de ce débat, il y a des règles, parfois contenues dans des codes de conduite, portant droits et obligations pour les salariés et résultant non pas de la volonté unilatérale de l'entreprise mais de la négociation transnationale. Il s'agit des accords-cadres internationaux.

iii) *Les accords-cadres internationaux* (International Framework Agreements)

472. Une autre tendance intéressante est la conclusion d'accords cadres internationaux (ACI). Ces accords résultent d'une négociation entre une entreprise transnationale et une ou plusieurs organisations de travailleurs pour reconnaître des droits à l'ensemble des salariés du groupe, voire à ceux des sous-traitants ou fournisseurs, où qu'ils se trouvent dans le monde. Parfois, les parties essayent de définir aussi des engagements sociétaux et environnementaux auxquels elles souhaitent se conformer. Ici, donc, on trouve les premières tentatives de négociation collective à l'échelle transnationale⁴⁰⁶.

473. L'objet de ces accords, le plus souvent, porte sur des questions de droits syndicaux, du droit à la négociation collective, de l'accès à l'information et à la consultation, de l'égalité des chances, de la santé et la sécurité, du salaire minimum comme de l'interdiction du travail des enfants et du travail forcé.

474. La plupart de ces accords prévoient des mécanismes de suivi de leur application qui incluent la participation des syndicats. Ces mesures peuvent comprendre une diffusion à l'ensemble des salariés du groupe, le développement de programmes de formation, des missions du syndicat national et de la fédération syndicale internationale en vue

406. I. Daugareilh, «La contrattazione collettiva internazionale», *Lavoro e diritto*, 2005, p. 599-630; A. Sobczak, «Les enjeux juridiques des accords-cadres internationaux», dans B. Saincy et M. Descolonges (dir. publ.), *Les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale*, Paris, La Découverte, 2006, p. 94.

de contrôler l'application de l'accord sur le terrain, etc. Ainsi, même si l'efficacité de ces instruments reste encore à être démontrée sur le plan de l'effectivité, ici le mécanisme de suivi consiste à porter devant les hautes instances dirigeantes du groupe les éventuels manquements aux accords.

475. Envisagés par l'OIT, les accords-cadres internationaux apparaissent comme la voie privilégiée des syndicats ouvriers pour pousser les sociétés transnationales dans un nouveau cadre de responsabilité juridique. Cependant, du point de vue de leur efficacité juridique, on a constaté que ces accords ont valeur déclarative et ne visent pas à être traités comme des accords collectifs. S'agissant d'un accord transnational, il ne peut fixer que des orientations générales et n'a pas vocation à fixer des règles précises applicables directement⁴⁰⁷.

476. Il est évident que les accords-cadres internationaux s'inscrivent plus dans le modèle du dialogue social que dans la logique contractuelle au sens strict. A la différence des chartes ou des codes de conduite, auxquels les syndicats ne sont pas toujours associés, les ACI constituent des engagements réciproques négociés, qui fixent de manière contractuelle les dispositifs d'évaluation et de contrôle des comportements responsables des entreprises à l'échelle mondiale.

477. Il serait dès lors souhaitable que, à l'heure actuelle, les Etats promeuvent activement les ACI auprès des entreprises afin que ces accords soient un moyen de garantir que l'entreprise respecte les mêmes normes dans tous les pays où elle opère et d'exprimer leur engagement à respecter ces normes.

b) *Les codes de conduite en tant que quasi-contrats*

478. Un code de conduite c'est, au minimum, un engagement unilatéral, c'est-à-dire avec un acte par lequel une personne manifeste l'intention de se lier personnellement par la seule expression de sa volonté. Cependant, pour pouvoir être qualifié d'engagement unilatéral efficace en droit, encore faut-il que l'engagement soit ferme et concerne une action précise. Or, l'une des difficultés concernant les codes de

407. Commission européenne, *Le rôle des accords d'entreprise transnationaux dans le contexte d'une intégration internationale croissante*, 2 juillet 2008, document de travail, SEC (2008) 2155. Voir aussi : B. Teyssié, «La loi applicable aux accords transnationaux d'entreprise ou de groupe», dans *Mélanges H. Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, p. 821 ss; M. A. Moreau, «Négociation collective transnationale : réflexions à partir des accords-cadres internationaux du groupe Arcelor Mittal», dans *Dr. soc.*, 2009, p. 93 ss ainsi que ID., *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, Paris, 2006, p. 173 ss.

conduite réside dans l'engagement généralement vague qui est exprimé dans les textes. Cela peut donc faire douter d'une requalification en engagement unilatéral d'un tel acte par le juge. C'est la raison pour laquelle la question du recours à la notion de quasi-contrat peut encore utilement se poser⁴⁰⁸.

479. L'article 1371 du Code civil français (devenu art. 1300 à partir du 1^{er} octobre 2016), expression d'un principe général de droit commun au moins aux pays de *Civil Law*, dispose que « les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties ».

480. Par conséquent, il est possible, du moins en théorie, de qualifier un code de conduite comme un fait réglé par l'article 1371, lorsqu'il appartient à la *lex causae*, car l'adhésion à une démarche de RSE est un fait volontaire dont il résulte un engagement, ou une apparence d'engagement – celui de respecter les droits sociaux fondamentaux, l'environnement, etc.

481. En Italie, il suffit de penser à la formule fondamentale de l'article 2043 du Code civil, selon laquelle « tout fait commis par dol ou par faute qui cause à autrui un dommage injuste, oblige celui qui l'a commis à réparer ce dommage »⁴⁰⁹. Ici, l'« injustice du dommage » permet au juge d'évaluer les circonstances et éventuellement qualifier la lésion d'une atteinte légitime comme telle.

482. Il n'est donc pas surprenant que les Principes de droit européen de la responsabilité civile, rédigés par le *European Group of Tort Law*, prévoient à l'article 1:101, une « Norme de base » suivant laquelle :

«(1) Toute personne à qui le dommage subi par autrui est légalement imputable est tenue de le réparer.

(2) Le préjudice peut être imputé en particulier à toute personne :

a) dont le comportement fautif a été la cause du dommage ; ou

b) dont les activités anormalement dangereuses ont été la cause du dommage ; ou

c) dont le préposé a causé le dommage dans l'étendue de ses fonctions. »⁴¹⁰

408. Voir J. Honorat, « Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel », *RTD civ.* 1969, p. 653 ; voir *Rép. civ.*, Vo *Quasi-contrats*.

409. Pour un aperçu voir G. Alpa, « La responsabilité civile en Italie : Problèmes et perspectives », *Revue Int. Dr. Comparé*, 1986, p. 1097-1133.

410. Voir en général V. C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milan, Giuffrè, 3^e éd., 2006.

483. Ce qui nous paraît déterminant c'est le fait volontaire de la société qui a pris un engagement auquel elle n'entendait pas réellement se soumettre. Or, c'est précisément parce que les parties prenantes (consommateurs, travailleurs, cocontractants, etc.) ont pu légitimement croire aux termes du code de conduite qui leur a été adressé, par le biais de sa diffusion comme de sa publication sur Internet, que la bonne foi est fondée. Donc, c'est ici la théorie de l'apparence qui joue, sur la base du principe général du droit *alterum non laedere* en tenant compte, dans cette perspective, de la croyance erronée, mais légitime des tiers.

484. Il y a bien une croyance provoquée par les allégations de l'entreprise, à travers son *marketing*, qui joue sur l'ambiguïté du langage, une ambiguïté à laquelle l'autorité de l'Etat doit mettre fin si elle va au-delà du *dolus bonus*. La souplesse de la solution, à l'article 1371 (et ses équivalents dans les Etats qui possèdent une règle analogue) invite à envisager au cas par cas la situation mais permet, le cas échéant, d'obtenir une réparation intégrale; singulièrement, elle permet de lier l'entreprise à des tiers intéressés, destinataires de son message ⁴¹¹.

Par un arrêt du 6 septembre 2002 la Cour de cassation française a considéré que, lorsque la volonté d'une entreprise se cristallise dans l'annonce d'un gain à une personne dénommée, cette volonté déclenche, à la charge de celui qui l'a manifestée, la création d'une obligation quasi contractuelle.

Ainsi, le juge interne a pu voir dans le fait volontaire d'une entreprise, en forme d'une promesse de gain à personne déterminée, une véritable obligation juridique, laquelle naît à titre de sanction et par la grâce d'un quasi-contrat, alors même que l'entreprise n'avait pas la volonté de s'engager.

c) *La violation d'un code de conduite comme source de responsabilité délictuelle*

485. Certaines entreprises ont adopté une démarche volontaire de communication de données sociales et environnementales à destination de leurs actionnaires ou du public. Cette communication d'informations visait à souligner les efforts entrepris comme quoi la modernisation de l'outil industriel allait se traduire par une diminution des

411. G. Trebulle, voir *RSE*; A. Sériaux, «L'engagement unilatéral en droit positif français actuel», dans *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, 1999, Paris, Economica, p. 7.

émissions potentiellement nocives. Qu'il s'agisse d'un «progrès environnemental» ou bien d'une simple amélioration technologique de l'outil de production, l'opinion publique devient la cible d'une communication visant à mettre en avant les efforts et soulignant que la pollution effective est moins importante qu'il n'y paraît. Ainsi, la question de la comparabilité et de la fiabilité des rapports environnementaux volontaires s'est posée et, à ce propos, diverses initiatives ont été développées en vue d'une normalisation des pratiques⁴¹².

486. Plusieurs gouvernements ont transformé, à travers leur compétence d'édiction, la volonté des entreprises d'intégrer une certaine éthique environnementale en obligation juridique. Cette démarche a été suivie en France, après la loi relative aux nouvelles régulations économiques (NRE) du 15 mai 2001, de l'obligation, pour les sociétés cotées, de diffuser des informations sociales et environnementales dans leur rapport de gestion. L'article L. 225-102-1 du Code de commerce prévoit désormais que le rapport de gestion

«comprend également des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité, incluant les conséquences sur le changement climatique de son activité et de l'usage des biens et services qu'elle produit, ainsi que sur ses engagements sociétaux en faveur du développement durable, de l'économie circulaire, de la lutte contre le gaspillage alimentaire et en faveur de la lutte contre les discriminations et de la promotion des diversités. Il fait état des accords collectifs conclus dans l'entreprise et de leurs impacts sur la performance économique de l'entreprise ainsi que sur les conditions de travail des salariés. Un décret en Conseil d'Etat établit deux listes précisant les informations visées au présent alinéa ainsi que les modalités de leur présentation, de façon à permettre une comparaison des données, selon que la société est ou non admise aux négociations sur un marché réglementé».

487. Or, la même approche a été suivie par l'Union européenne et l'on en trouve des exemples dans le règlement européen prospectus n° 809/2004, la directive 2004/109/CE dite directive transparence et le considérant 10 de la directive 2006/46/CE du 14 juin 2006 qui précise

412. C'est le cas des lignes directrices établies par le GRI; voir aussi la recommandation de la Commission du 30 mai 2001, concernant la prise en considération des aspects environnementaux dans les comptes et rapports annuels des sociétés: inscription comptable et publication d'informations, JOCE, n° L 156, 13 juin 2001.

que «selon le cas, les sociétés devraient aussi fournir une analyse des aspects environnementaux et sociaux nécessaires à la compréhension du développement, de la performance et de la situation des sociétés» dans leur déclaration annuelle sur le gouvernement d'entreprise.

488. Y-a-t-il des sanctions pour une fausse information à cet égard ? En cas de diffusion d'informations inexactes, l'article L. 465-2, alinéa 2 du Code monétaire et financier prévoit des sanctions civiles, pénales et administratives à l'encontre des dirigeants.

Après la responsabilité civile, en droit pénal il s'agit d'usage abusif d'informations privilégiées et l'on arrive jusqu'à un emprisonnement de deux ans et à une amende de un million cinq cent mille euros⁴¹³.

De plus, l'autorité des marchés financiers peut prononcer une sanction pécuniaire d'un montant qui ne peut excéder un million cinq cent mille euros ou le décuple du montant des profits éventuellement réalisés et qui doit être proportionnée à la gravité des manquements commis. Cette sanction peut se cumuler avec la sanction pénale⁴¹⁴.

489. Ces sanctions sont applicables à toute personne morale ou physique et notamment au président du conseil d'administration d'une société anonyme⁴¹⁵. Les mêmes sanctions peuvent également être prononcées contre le commissaire aux comptes qui a confirmé des informations mensongères⁴¹⁶.

490. La «juridicisation» des codes de conduite portant la RSE vers des obligations contraignantes, peut s'avérer dans deux autres cas : lorsqu'il s'agit de publicité mensongère (i) et en matière de pollution maritime (ii).

413. Code monétaire et financier, article L. 465-2; Cass. crim., 17 mai 2006, *Rev. Sociétés*, 2006, n° 4, p. 885.

414. Cass. crim., 2 avril 2008: JurisData n° 2008-043762; *Dr. Sociétés*, 2008, commentaire 136, note R. Salomon. Autorité des marchés financiers (AMF). Commission des sanctions 2006, 16 novembre 2006, Sté Cyber Press Publishing et M. Marc Andersen: *Rev. AMF* 2007, n° 35, p. 87; *Dr. sociétés* 2007, commentaire 140, note Th. Bonneau.

415. CA Paris, 1^{re} ch., sect. H, 20 novembre 2007, *Gaudriot c/ AMF*: JurisData n° 2007-351121 : sanction pécuniaire de 60 000 euros à l'encontre d'un dirigeant ayant délivré des informations tronquées ; sanction pécuniaire de 300 000 euros pour la société et de 500 000 euros pour le dirigeant pour une information erronée relative au cash-flow ; CA Paris, 1^{re} ch., sect. H, 28 juin 2005, *Messier SA Vivendi Universal*: JurisData n° 2005-273806 ; pour une publication tardive des comptes : CA Paris, 1^{re} ch., sect. H, 8 juin 2004, *SA Verneuil participations*: JurisData n° 2004-246850.

416. La responsabilité du commissaire aux comptes est engagée, qu'il ait su ou aurait dû savoir que les informations qu'il certifiait étaient inexactes (Cass. com., 11 juillet 2006, E. c/ AMF: JurisData n° 2006-034759).

i) *La violation d'un code et la sanction de l'Etat à titre de publicité mensongère*

491. Le droit des consommateurs a parfois été utilisé à l'encontre des entreprises pour dénoncer des « pratiques commerciales déloyales ». Celles-ci incluent notamment les pratiques trompeuses de la part des entreprises, notamment via la publicité et le *marketing*.

492. Si un code de conduite est aussi un exercice de *marketing*, il s'ensuit que les engagements quoique volontaires qui y sont contenus en matière de RSE et qui ne seraient pas respectés peuvent parfois être assimilés à des pratiques commerciales déloyales car l'entreprise veut en tirer des bénéfices commerciaux auprès du consommateur en le trompant.

Cela dépend, bien sûr, de la loi applicable aux pratiques commerciales déloyales, et des règles applicables à la protection des consommateurs, tout en sachant qu'en droit international privé comparé les consommateurs ont droit à une protection spéciale, au besoin par les lois de police.

493. En ce qui concerne la loi applicable aux actes de concurrence déloyale, supposant que la question est liée à un contexte *business to business*, on peut citer l'article 6 du règlement n° 864/2007 (Rome II) sur la loi applicable aux obligations extracontractuelles. Cet article dispose dans son paragraphe 1 que « la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale est celle du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être ». Ce principe posé, le second paragraphe de l'article vient préciser que « lorsqu'un acte de concurrence déloyale affecte exclusivement les intérêts économiques d'un concurrent déterminé, l'article 4 est applicable ». Ainsi, dans cette hypothèse, la loi applicable est celle du « pays où le dommage survient quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels les conséquences indirectes de ce fait surviennent ». L'article 6 opère donc une distinction entre les actes affectant les intérêts collectifs et ceux affectant les intérêts d'une personne. Toutefois, le critère de rattachement est le même dans les deux hypothèses et la loi applicable est celle du pays où se situe le marché affecté par les actes de concurrence déloyale. La notion des actes de concurrence déloyale n'étant pas précisée, on pourrait avoir des distorsions dans l'application du règlement dans les Etats membres de l'UE. Néanmoins, la directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales

déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs forme une référence incontournable.

494. Dans la pratique, on voit que les actions en justice contre des multinationales, se fondant sur la publicité mensongère, sont généralement intentées non pas par des victimes dans le pays d'accueil mais par des ONG, parfois des associations de consommateurs, dans le pays d'origine de l'entreprise. Deux exemples tirés de la jurisprudence des Etats-Unis et française illustrent bien ce phénomène.

a. *L'affaire Kasky c. Nike aux Etats-Unis*

495. Aux Etats-Unis, dans l'affaire *Kasky c. Nike*⁴¹⁷, la société Nike a été poursuivie pour publicité mensongère en vertu de la loi de l'Etat de Californie.

M. Kasky reprochait à Nike d'avoir pris de nombreux engagements (ceux de faire respecter par ses sous-traitants les réglementations relatives à l'âge minimal, au temps de travail, à la santé et à la sécurité des travailleurs ainsi que les réglementations en matière environnementale, et à s'assurer que les travailleurs n'encourent aucun risque de dommage corporel...), de les indiquer dans divers documents de l'entreprise, sans pour autant les tenir.

Or, pour la société, il s'agissait seulement des engagements volontaires de RSE, qui en tant que tels ne pouvaient pas engager juridiquement sa responsabilité. Bien plus, face aux accusations de publicité mensongère et concurrence déloyale, la société Nike s'appuyait sur le premier amendement de la Constitution américaine garantissant la liberté d'expression, donc son droit de l'homme s'agissant même d'une personne morale !

De fait, la bonne foi interdit à une entreprise de revenir sur les attentes légitimes qu'elle a elle-même créées par son comportement antérieur. Si elle s'engage à observer des principes directeurs, un code de conduite ou tout autre instrument de comportement responsable, elle ne pourra plus s'affranchir de cet engagement au prétexte qu'il est d'application volontaire. Ses clients ou même ses concurrents pourront donc se référer à cet engagement initial pour y fonder leur propre comportement. Si la promesse n'est pas tenue, la personne lésée doit pouvoir demander en justice la réparation du préjudice subi, sans

417. Cour suprême de Californie, 2 mai 2002, 27 Cal. 4th 939, n° S087859, *Kasky c. Nike*. F.-G. Trébulle, « Responsabilité sociale des entreprises et liberté d'expression. Considérations à partir de l'arrêt *Nike c. Kasky* », *Rev. Sociétés*, 2004, p. 261.

se voir opposer l'argument que l'engagement initial était d'application volontaire⁴¹⁸.

496. M. Kasky affirmait que les informations contenues dans le rapport social de Nike étaient fausses et ne reflétaient pas les conditions de travail déplorables prévalant dans les usines à l'étranger. Nike se défendit en évoquant « ses droits de l'homme », dans le cas d'espèce, le premier amendement à la Constitution américaine sur la liberté de parole. Toutefois, la Cour statua contre Nike car ses affirmations relevaient du « discours commercial » (et non politique). Les affirmations de Nike dans ses rapports sociaux sont donc soumises aux strictes normes de vérité telles qu'exigées par la loi sur la publicité. En juin 2003, la Cour suprême américaine rejeta pour raisons techniques l'action engagée par Nike en vue de réaffirmer le droit à un débat libre et ouvert contenu dans le premier amendement.

497. L'affaire fut réglée par le versement par Nike d'un don de 1,5 million de dollars à l'Association *Fair Labor* à Washington D. C.

b. La directive n° 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs : l'affaire Monsanto en France

498. En Europe, la directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005⁴¹⁹ relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs définit, dans son article 6, une pratique commerciale trompeuse comme suit :

« Une pratique commerciale est réputée trompeuse si elle contient des informations fausses, et qu'elle est donc mensongère ou ... qu'elle induit ou est susceptible d'induire en erreur le consommateur moyen ... et que, dans un cas comme dans l'autre, elle l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement. »

418. R. Geiger, « Responsabilité sociale et développement durable : le rôle des entreprises », dans H. Ghérari et Y. Kerbrat (dir. publ.), *L'entreprise dans la société internationale*, Pedone, Paris, 2010, p. 173.

419. Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), www.eur-lex.europa.eu.

499. Or, une pratique commerciale est également réputée trompeuse si, dans les faits, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances, elle amène ou est susceptible d'amener le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement, et qu'elle implique, *inter alia* :

«b) le non-respect par le professionnel d'engagements contenus dans un *code de conduite* par lequel il s'est engagé à être lié, dès lors :

- (i) que ces engagements ne sont pas de simples aspirations, mais sont fermes et vérifiables, et
- (ii) que le professionnel indique, dans le cadre d'une pratique commerciale, qu'il est lié par le code.»

Cette directive a été transposée dans les Etats membres de l'Union européenne et figure parmi les normes fondamentales du statut du consommateur européen.

500. Ainsi, en France, la Cour de cassation a confirmé la condamnation de la société Monsanto pour publicité mensongère à propos de son désherbant *Round Up*, vendu comme «étant biodégradable» et laissant le «sol propre».

La condamnation découle de la plainte déposée par les Associations eau et rivières de Bretagne et UFC-Que choisir, devant le tribunal correctionnel de Lyon. Ce dernier, avait, en janvier 2007, condamné la société à 15 000 euros d'amende et à une publication du jugement dans le journal *Le Monde* ainsi que dans une revue de jardinage, pour publicité mensongère.

En octobre 2008, la Cour d'appel de Lyon avait confirmé le jugement de première instance, en invoquant «une présentation (sur l'emballage du produit) qui élude le danger potentiel du produit par l'utilisation de mots rassurants et induit le consommateur en erreur».

Le 6 octobre 2009, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi du groupe Monsanto, rendant définitive sa condamnation à 15 000 euros d'amende pour «publicité mensongère»⁴²⁰.

501. En effet, dès lors que la jurisprudence retient une lecture très large de la publicité envisagée comme «tout moyen d'information destiné à permettre à un client potentiel de se faire une opinion sur

420. Cass. crim., 15 décembre 2009, n° 09-89.059. A ce sujet voir, *inter alios*, S. Guinchard, «Vingt ans après : l'évolution de la sanction de la publicité mensongère», dans *Mélanges A. Chavanne*, 1990, Litec, p. 11 ; G. Raymond, «Publicité commerciale et protection des consommateurs», *J.-Cl. conc., consom.*, fascicule 900.

les résultats qui peuvent être attendus du bien ou service qui est proposé»⁴²¹, il est possible de retenir qu'un mensonge sur la prise en compte de l'environnement ou des droits sociaux fondamentaux par l'entreprise, dès lors qu'il est porté à la connaissance du public, pourrait être regardé comme constitutif de la publicité trompeuse sanctionnée.

502. Les procédures pour publicité mensongère se fondent sur les lois de protection des consommateurs à l'encontre des pratiques commerciales déloyales. Elles sont bien connues dans de nombreux pays et permettent donc de mettre en lumière les pratiques douteuses des entreprises en matière de droits humains ou de l'environnement.

ii) La violation d'un code et la responsabilité pénale extraterritoriale

503. En reconnaissant, le 25 septembre 2012, la responsabilité de la société Total dans la marée noire de l'*Erika*, la Cour de cassation française a instauré la compétence des juridictions françaises à juger de faits survenus en dehors du territoire français. A cet égard, la jurisprudence et l'arrêt de la Cour d'appel de Paris sont remarquables : en délaissant le montage juridique pour s'appuyer sur une charte de Total définissant une série d'obligations pour l'affréteur, la Cour a souligné le pouvoir de Total sur le navire et ainsi la responsabilité pénale et la négligence du pétrolier. L'arrêt s'est appuyé sur les engagements volontaires pris par Total en matière de contrôle de l'état des navires exploités par ses affréteurs. Cette position reflète la direction d'une certaine jurisprudence de conférer une valeur de contrainte aux engagements volontaires des sociétés lorsque les circonstances l'imposent. Toutefois, cette approche, pour peu qu'elle corresponde aux souhaits des Principes directeurs des Nations Unies est loin encore de faire l'unanimité⁴²².

421. Cass. crim. 14 octobre 1998, Bull. crim., n° 262, JCP, éd. E, 1999.462, note Ph. Conte.

422. Si l'arrêt *Erika* de la chambre criminelle de la Cour de cassation a retenu la juridicité du code de «*vetting*», c'est-à-dire des règles de sécurité dont l'entreprise Total s'est dotée pour l'affrètement de ses navires (Cass. crim. 25 septembre 2012, n° 10-82938, Bull. n° 198), en revanche dans l'affaire dite du *tramway de Jérusalem*, la Cour d'appel de Versailles, dans son arrêt du 22 mars 2013, a dénié une quelconque force juridique contraignante opposable aux entreprises mises en cause ; la Cour de cassation, à son tour, valide cette approche en déclarant le pourvoi des plaignants non admis (Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 2014, n° 13-19788).

DEUXIÈME PARTIE
L'ACCÈS À LA JUSTICE

INTRODUCTION

« Voilà le firmament, le reste est procédure. »

Paul Valéry

504. Il n'est pas inutile de commencer par rappeler l'adage anglais *remedies precede rights!*⁴²³. Un adage qui reflétait l'essence même du droit chez les Romains, comme le rappelle le professeur Gaudemet Tallon dans son cours général de 2005, car « [l']accès à la justice est une condition nécessaire dans toute société qui se veut Etat de droit. Un droit subjectif qui ne pourra être reconnu par un tribunal, dont la violation ne pourra être sanctionnée par un juge ne mériterait plus sa qualité de droit »⁴²⁴.

505. En effet, dans un domaine comme celui de la protection des droits de l'homme, on pensera qu'il s'agit de l'aspect le plus important. A quoi servirait de multiplier les règles de droit international matériel ou de droit interne de protection des droits de l'homme si ces mêmes règles ne pouvaient pas être mises en œuvre par les victimes des violations des droits de l'homme? D'ailleurs les victimes peuvent être des personnes physiques comme des personnes morales y compris des sociétés transnationales.

506. Bien entendu, au niveau interne, tout Etat veille à ce que quiconque qui estime que ses droits de l'homme ont été violés dispose de voies de recours judiciaires ou autres suffisantes. Ici l'on songe à la *jurisdiction to adjudicate*, la compétence du juge national de dire le droit ou de le faire exécuter dans son for (*jurisdiction to enforce*).

507. De même, le droit à un recours contre les violations des normes relatives aux droits de l'homme et au droit humanitaire comprend le droit d'accès aux procédures nationales et à toute procédure internationale disponible garantissant leur protection. Autrement dit, l'obligation

423. Pour l'explication de cette notion et les références voir R. David et C. Jauffret Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd., Paris, 2002, p. 230 ss.

424. H. Gaudemet Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) : cours général », *Recueil des cours*, tome 312 (2005), p. 442 ss. Elle ajoute que :

« Il importe donc que toute personne, physique ou morale, qui a un intérêt légitime et la qualité nécessaire pour agir puisse avoir accès à une juridiction. Les grands textes sur les droits de l'homme mentionnent pratiquement tous, d'une façon ou d'une autre, ce droit au juge. »

internationale de protéger les droits de l'homme à la charge des Etats comporte, logiquement et *ipso iure*, l'obligation de garantir l'accès des victimes à leurs mécanismes juridictionnels dans l'ordre interne⁴²⁵. Mais l'accès à des mécanismes juridictionnels dépend des règles de compétence internationale du juge saisi en vigueur dans la *lex fori* et les grands traités interétatiques de protection des droits de l'homme n'ont pas du tout bouleversé le régime général de la compétence internationale des juges étatiques : il suffit de fouiller les grands manuels de droit international privé de chaque pays pour s'en convaincre.

508. Au niveau international, à partir des traités interétatiques de protection des droits de l'homme on devrait constater que, dans les situations extraterritoriales, les Etats coopèrent de manière à ce que les victimes de violations des droits de l'homme résultant d'activités des entreprises transnationales puissent accéder à un recours effectif, de préférence de nature judiciaire, afin d'obtenir réparation⁴²⁶. Autrement

425. «Access to judicial grievance mechanisms is at the core of efforts to ensure effective remedy and it is a central part of the State obligation to protect human rights», dans le rapport du Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises. Additif. Rapport d'un atelier d'experts intitulé «Incidence des activités des entreprises et accès non judiciaire à un recours : prémices d'une nouvelle expérience mondiale» tenu à Toronto en 2013, doc. A/HRC/26/25/Add.3, paragraphe 7. Voir article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, NU doc. A/RES/217(III), 10 décembre 1948; l'article 2 (3) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 999, p. 171; les articles 13-14 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1465, p. 85; l'article 6 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 7 mars 1966, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 660, p. 195; l'article 39 de la Convention relative aux droits de l'enfant, 20 novembre 1989, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1577, p. 3; l'article 25 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1144, p. 183; l'article 7 (1) (a) de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, 26 juin 1981, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1520, p. 217; les articles 12, 23 de la Charte arabe des droits de l'homme, 15 septembre 1994; l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 13 novembre 1950, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 213, p. 221, ci-après CEDH.

426. Depuis 1997, bien avant les travaux de M. Ruggie, un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies a indiqué à cet égard que

«les violations commises par les sociétés transnationales dans leurs activités généralement transfrontières échappent à la compétence d'un seul Etat; pour éviter des contradictions et des insuffisances dans les mesures de réparation et de répression décidées par les Etats pris individuellement ou par un groupe d'Etats, ces violations devraient faire l'objet d'une attention toute particulière. Les Etats et la communauté internationale doivent conjuguer leurs efforts afin d'endiguer ces activités par la création de normes juridiques susceptibles d'atteindre cet objectif».

Cf. Commission des droits de l'homme, *La réalisation des droits économiques, sociaux et culturels : Rapport final sur la question de l'impunité des auteurs des violations*

dit, pour améliorer l'accès à des réparations des victimes de violations de droits de l'homme causées par des entreprises du point de vue du droit international privé, les Etats devraient satisfaire à leurs obligations de coopération judiciaire les uns avec les autres ou avec des pays tiers, y compris pour les investigations pénales, l'aide judiciaire, l'échange d'informations et de données, la collecte d'éléments de preuve et la reconnaissance et l'exécution des décisions de justice de manière à respecter les droits fondamentaux de toutes les parties à la procédure.

509. Mais cela reste un débat *de lege ferenda* et non pas *de lege lata*. On ne voit pas ni un traité multilatéral permettant l'accès de victimes à leur choix soit dans l'Etat de la violation, soit dans l'Etat où l'entreprise transnationale a son siège central, ni des traités bilatéraux du même type. Donc chaque Etat fait comme il l'entend, exception faite pour la corruption internationale où s'applique la Convention des Nations Unies contre la corruption (UNCAC), signée le 31 décembre 2003, entrée en vigueur le 14 décembre 2005 après la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, signée le 17 décembre 1997 et entrée en vigueur le 15 février 1999, même si ses applications ne font pas bonne presse.

510. Ici, donc, on touche à une faille juridique du droit international des droits de l'homme et on voit toute la nécessité de traduire ses règles en règles opérationnelles de droit international privé au sens large⁴²⁷ surtout en ce qui concerne le procès international. Or, il n'est guère douteux que les difficultés concrètes d'accéder à la justice soient singulièrement accusées dans les litiges de ce type. L'éloignement et le coût des déplacements, la barrière de la langue, la difficulté de trouver un avocat ou encore les frais qu'engendre tout procès sont susceptibles de contribuer à l'absence d'effectivité de l'accès à la justice. Sans parler du manque généralisé à l'échelle mondiale des formations spéciales pour les juges, les procureurs, les inspecteurs, afin de traiter des dossiers complexes comme ceux sur les violations des droits de l'homme causées par des entreprises comportant un élément transnational.

511. A cet égard, même si chaque cas présente ses spécificités, il appartient à chaque Etat d'agir en conséquence afin de permettre un

des droits de l'homme (droits économiques, sociaux et culturels), NU doc. E/CN.4/Sub.2/1997/8, 27 juin 1997, paragraphe 131.

427. Sur les différentes conceptions quant au contenu du droit international privé voir Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 10^e éd., 2013, p. 5 ss. Nous en retiendrons la plus large.

accès à ses tribunaux. Il ne s'agit pas seulement ici d'obligations négatives à la charge de l'Etat (découlant du devoir de s'abstenir d'ériger des barrières juridiques à la mise en œuvre de son appareil judiciaire) mais aussi, surtout, d'obligations positives⁴²⁸, au vu de l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 suivant laquelle :

«Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi.»⁴²⁹

Ainsi la plupart des instruments internationaux de protection des droits de l'homme contiennent des dispositions proclamant le droit des victimes des violations des droits de l'homme à un «recours effectif». Mais ils ne les précisent pas.

512. Il suffit de rappeler, sur le plan du droit international des droits de l'homme à vocation universelle, l'article 2.3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 ; ou encore les articles 68 et 75 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

513. Des dispositions analogues sont prévues dans le cadre spécifique de quelques droits de l'homme ou encore dans le cadre international-régional. Dans le premier cas il faut se référer à l'article 6 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale ; de l'article 14 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ; de l'article 39 de la Convention relative aux droits de l'enfant⁴³⁰.

428. Ainsi, dans un système de protection des droits de l'homme bien développé comme celui de la CEDH, le choix d'une voie de droit ne dépend que de l'individu et dès lors que l'ordre juridique interne offre un recours, celui-ci doit bénéficier à tous (CEDH 9 octobre 1979 requête n° 6289/73 *Airey c. Irlande*, préc., par. 23). De même, l'Etat doit veiller à ce que le plaideur puisse utilement défendre sa cause, ce qui est susceptible d'impliquer une comparution en personne ou l'assistance d'un avocat (*ibid.*, par. 24). L'Etat ne saurait non plus invoquer le caractère temporaire de l'obstacle en cause (CEDH 21 février 1975, requête n° 4451/70, *Golder c. Royaume-Uni*, par. 26).

429. Adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948. Disponible sur <http://www.un.org/french/aboutun/dudh.htm>.

430. Voir l'article 1 de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948, disponible sur http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/p_genoci_fr.htm ; les articles 4 et 12 à 14 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 ; l'article 6 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, du 21 décembre 1965 ; les articles 8 et 12 de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 décembre 2006.

514. De même, en droit international humanitaire, il faut se référer aux dispositions de l'article 3 de la Convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre du 18 octobre 1907 (Convention IV), de l'article 91 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), du 8 juin 1977.

515. Sur le plan du droit international régional de protection des droits de l'homme il faut se référer à l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH); aux articles 8 et 25 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme; à l'article 7.1 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

516. En ligne avec ces développements, l'instrument le plus récent, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a déclaré, à l'article 47, que :

« Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article.

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi.

Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter.

Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice. »⁴³¹

Tous ces instruments de droit international convergent pour fonder le droit des victimes à ce que soient menées des enquêtes, des poursuites et prononcées des sanctions à l'encontre de personnes responsables de violations de droits de l'homme, ainsi que le droit d'obtenir réparation. Dans son expression la plus générale l'on pourrait même commencer à dire que le droit des victimes à un recours effectif est devenu une norme de droit international coutumier.

517. Ces dispositions ont été ultérieurement généralisées par les Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de

431. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (UE) a été proclamée lors du Conseil européen de Nice, le 7 décembre 2000. Mais, c'est le traité de Lisbonne qui, depuis son entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009, lui a donné la même valeur juridique que celle des traités fondateurs. Elle est donc désormais contraignante pour les Etats membres comme pour les institutions de l'UE et tout citoyen peut s'en prévaloir en cas de non-respect de ces droits.

l'homme (2011), qui enjoignent les Etats à offrir des voies de «recours effectif»⁴³². L'accès à des voies de recours est un de trois piliers fondamentaux des Principes directeurs des Nations Unies élaborés par le professeur Ruggie. Il s'agit du troisième pilier, un pilier consacré à l'accès à des recours effectifs, tant judiciaires qu'extrajudiciaires, pour les victimes de violations des droits de l'homme commises par des entreprises. C'est la concrétisation du premier pilier comme M. Ruggie le reconnaît dans le commentaire du Principe directeur n° 25 :

«Sauf si les Etats prennent des mesures appropriées pour enquêter sur les atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises et, lorsqu'elles se produisent, en punir les auteurs et les réparer, l'obligation de protéger incombant à l'Etat peut être affaiblie voire même être vidée de son sens.»

518. Donc, dans un monde idéal, le système juridique de chaque Etat prévoit des procédures disciplinaires, administratives, civiles et pénales rapides et efficaces qui garantissent à la victime une réparation suffisante, facilement accessible, et une protection contre toute intimidation et représailles. Et le recours dont nous parlons peut avoir comme résultat une panoplie de remèdes comme, d'après M. Ruggie,

«des excuses, une restitution, un redressement, des indemnités financières ou autres et des sanctions (soit pénales, soit administratives, sous forme d'amendes par exemple) ainsi que la prévention des pratiques abusives au moyen notamment d'injonctions ou de garanties de non-répétition. Les procédures de mise en œuvre des voies de recours devraient être impartiales, à l'abri de la corruption et des tentatives politiques ou autres d'influer sur l'issue du recours»⁴³³.

519. Le menu assez partiel présenté par le professeur Ruggie doit être complété par trois autres documents internationaux de base sur les droits des victimes, ce sont des documents fondamentaux qui ont précédé et complètent de loin les Principes directeurs⁴³⁴.

432. Principe directeur n° 25.

433. Commentaire *sub* article 25.

434. Il est curieux que M. Ruggie dans son livre *Just Business*, (*op. cit.*, p. 117) présente la matière et tout particulièrement le Principe n° 26 en écrivant :

«The text elaborates on several key legal and practical barriers I raised in the Framework, drawing on extensive research and also collaborative work with human rights organizations.»

520. Il s'agit de la Déclaration des Nations Unies des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir⁴³⁵; des Principes fondamentaux et des directives des Nations Unies concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire⁴³⁶ (les Principes van Boven/Bassiouni) ainsi que des Principes des Nations Unies pour la protection et la promotion des droits de l'Homme par la lutte contre l'impunité⁴³⁷ (les Principes Joinet/Orentlicher).

L'objectif de la première Déclaration est «d'assurer que toutes les victimes ont accès au système judiciaire ainsi qu'à un soutien tout au long du processus judiciaire». Des directives sur l'organisation du système judiciaire sont précisées de manière à minimiser les obstacles auxquels sont confrontés les victimes pour obtenir justice.

521. La deuxième Déclaration développe les droits des victimes de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire à un recours judiciaire effectif et à réparation, ainsi que le devoir des Etats de prévenir les violations, d'enquêter, de poursuivre et de punir les responsables, de fournir aux victimes un accès effectif à la justice et de leur accorder une réparation intégrale.

Il faut remarquer que d'après ces grands principes, on attend des Etats qu'ils prennent des mesures pour assurer la sécurité des victimes, ainsi que celle de leurs familles et des témoins, et les protéger contre tout acte d'intimidation et de représailles⁴³⁸. Ce qui est particulièrement délicat dans les affaires où la corruption de quelques agents de l'Etat est liée à la violation des droits de l'homme de la part d'une entreprise transnationale.

435. Résolution 40/34, disponible sur <http://www.ohchr.org/french/law/victimes.htm>. La Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir (Déclaration de l'ONU sur la justice pour les victimes) par l'Assemblée générale, le 29 novembre 1985, a constitué une avancée majeure dans la reconnaissance des droits des victimes.

436. «Principes fondamentaux et les directives des Nations Unies concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire», adoptés par la Commission des droits de l'homme, résolution 2005/35, 19 avril 2005; adoptés par l'Assemblée générale, résolution 60/147 le 16 décembre 2005, disponible sur: <http://www.ohchr.org/french/law/reparation.htm>.

437. Résolution de la Commission des droits de l'homme 2005/81, «Impunité», 21 avril 2005, disponible sur http://ap.ohchr.org/documents/F/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-2005-81.doc.

438. Principe directeur n° 6.

522. La troisième Déclaration concerne principalement la position des victimes au sein des systèmes nationaux de justice pénale, mais les principes généraux sont également applicables au système international.

Donc, il est évident que le droit à un recours effectif et à la réparation reste souvent conditionné au préalable par le droit des victimes à la protection et à l'assistance pendant le procès.

523. A ce propos, il faut remarquer que trois types de mécanismes de réclamation sont distingués, à juste titre, par le professeur Ruggie :

- les mécanismes judiciaires relevant de l'Etat (Principe directeur n° 26)
- les mécanismes non judiciaires relevant de l'Etat (Principe directeur n° 27)
- les mécanismes non judiciaires relevant de l'entreprise (Principe directeur n° 28, par exemple les mécanismes administrés par une entreprise à titre individuel ou avec des parties prenantes, par une association professionnelle ou un groupe multipartite).

524. Mais ces voies de recours (*remedies*) sont de valeur comme d'efficacité inégales et leur formulation politique par M. Ruggie délaisse leur nécessaire dimension juridique.

En effet, il s'agit du pilier le plus faible car les Etats généralement ne remplissent pas leur obligation de garantir un accès à des recours judiciaires effectifs pour les victimes de violations des droits humains par des entreprises opérant en dehors de leur territoire. Dans un monde divisé en environ deux cents Etats il y a des différences persistantes concernant la régulation de l'accès à la justice, la conception du droit y compris des droits de l'homme dans chaque Etat, sans parler de la participation ou non de chaque Etat à chaque traité de protection des droits de l'homme.

Il y a donc des faiblesses évidentes si l'on compare ce pilier avec le premier pilier des Principes directeurs.

Certes, la réalisation opérationnelle des aspirations dont les Principes directeurs sont porteurs – y compris surtout en matière d'accès aux remèdes – appartient aux Etats par le biais de leur structure ainsi que de leur plan national.

525. D'une part, il s'agit d'opportunités pour les victimes de violations des droits de l'homme de faire entendre leur voix, et également de leur accès effectif aux remèdes offerts par l'Etat, *in primis*, ceux offerts par le système judiciaire de l'Etat territorial.

526. Ce pour préciser les «prescriptions» des Principes directeurs de l'ONU que, dans son observation générale n° 16 (2013) sur les obligations des Etats concernant les incidences du secteur des entreprises sur les droits de l'enfant⁴³⁹, le Comité pour le droit des enfants de l'ONU a indiqué qu'il

«convient ... de disposer de mécanismes – pénaux, civils ou administratifs – adaptés aux enfants, qui soient connus par ceux-ci et par leurs représentants et qui soient rapides, véritablement disponibles et accessibles et assurent une réparation adéquate pour le préjudice subi. Les organismes qui ont des pouvoirs de contrôle dans les domaines touchant aux droits de l'enfant, notamment les inspections du travail, de l'éducation, de la santé et de la sécurité, les tribunaux pour l'environnement, les autorités fiscales, les institutions et les organes nationaux de défense des droits de l'homme qui s'intéressent à l'égalité dans le secteur des entreprises peuvent aussi jouer un rôle en ce qui concerne l'accès à des voies de recours. Ces organismes peuvent prendre l'initiative de mener des enquêtes et de surveiller les violations et peuvent aussi disposer de pouvoirs de réglementation leur permettant d'imposer des sanctions administratives aux entreprises qui portent atteinte aux droits de l'enfant. Dans tous les cas, les enfants devraient pouvoir avoir accès à une justice indépendante et impartiale ou au contrôle juridictionnel des procédures administratives ... par exemple, s'il est établi que des enfants sont victimes d'une pollution de l'environnement, des mesures devraient immédiatement être prises par toutes les parties compétentes pour qu'il ne soit pas porté davantage préjudice à la santé et au développement des enfants et pour réparer les préjudices déjà subis. Les Etats devraient fournir une aide médicale et psychologique, une assistance juridique et des mesures de réadaptation aux enfants victimes de sévices et de violences qui ont été causés par des acteurs économiques ou auxquels ces acteurs ont contribué. Ils devraient aussi garantir la non-répétition des violations, par exemple en modifiant les lois et politiques pertinentes et leur application, notamment en ce qui concerne les poursuites contre les acteurs économiques concernés et les sanctions applicables»⁴⁴⁰.

439. CRC/C/GC/16, du 12 avril 2013, *op. cit.*

440. *Ivi*, p. 5-6.

527. D'autre part, des mécanismes non judiciaires sont également possibles. M. Ruggie note que certaines entreprises mettent à disposition des moyens de réclamations. La transparence de ces mécanismes n'est toutefois pas toujours satisfaisante mais, en perspective, on ne peut que valoriser cet aspect du point de vue de la prévention et de la mitigation des violations éventuelles. Car, face au temps et au coût de la justice – si elle arrive ! – des Etats, au fond l'adage selon lequel « un mauvais arrangement vaut mieux qu'un meilleur procès » garde toute son utilité.

528. C'est pourquoi le Haut-commissaire pour les droits de l'homme de l'ONU a observé à propos des Principes directeurs que : « Remedy refers to both the processes of providing remedy for an adverse human right impact and the substantive outcomes that can counteract, or make good or adverse impact »⁴⁴¹.

529. Ce n'est donc pas par hasard qu'au deuxième *UN Forum on Business and Human Rights*, tenu à Genève en 2015, on a pu constater que trois ans après le lancement et l'enthousiasme autour des *UN Guiding Principles*, toute une série de barrières à l'accès à la justice persistent.

Il s'agit des barrières juridiques liées à la structure même de l'entreprise transnationale, des barrières

« where claimants face a denial of justice in a host State and cannot access home State courts regardless of the merits of the claim; where certain groups are excluded from the same level of legal protection of their human rights that applies to the wider population; the costs of bringing claims; difficulty in ensuring legal representation; inadequate options for aggregating claims or enabling representative proceedings and state prosecutors' lack of adequate resources, expertise and support to meet the state's own obligations to investigate individual and business involvement in human rights related crimes »⁴⁴².

530. Ceci amène à conclure que la protection des droits de l'homme peut se faire tant au stade préventif, comme on l'a vu dans les chapitres II et III de notre cours à propos de la « responsabilité de protéger »

441. OHCHR, *The Corporate Responsibility to Respect Human Rights. An Interpretative Guide*, New York, Genève, 2012, p. 6.

442. Second annual UN Forum on Business and Human Rights final outline, voir <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Forum/Pages/2013ForumonBusinessandHumanRights.aspx>. Voir aussi le *Manuel de droit européen en matière d'accès à la justice*, publié par l'Agence des droits fondamentaux UE et le Conseil de l'Europe, OPOUE, 2016.

des entreprises, qu'au stade de la violation : c'est là où l'Etat par le biais de ses organes judiciaires ou grâce à des mécanismes non juridictionnels doit être nécessairement actif et efficace.

531. Il y a, en effet, une panoplie d'instruments récents qui peuvent avoir une incidence sur les activités de sociétés transnationales et peuvent être accessibles aux victimes de violations des droits de l'homme : en premier lieu ils sont de *type judiciaire relevant de l'ordre interne* (chapitre IV), soit à titre de compétence ordinaire, soit à titre de compétence internationale du juge de l'Etat d'origine. A ces mécanismes classiques, aujourd'hui, il faut rajouter des mécanismes non judiciaires, qu'il s'agisse de commissions parlementaires, d'auditions administratives, de procédures de réclamation pour la prestation de services, de groupes de consultation des citoyens ou de systèmes de reddition de comptes à base communautaire (chapitre V). Ces différents processus ne sont pas isolés et peuvent se renforcer mutuellement.

Un troisième niveau de contrôle juridictionnel et quasi juridictionnel peut être recherché par rapport aux tribunaux interétatiques comme aux organes de contrôle de l'application des traités de protection des droits de l'homme (chapitre VI).

CHAPITRE IV

L'ACCÈS À LA JUSTICE DES ÉTATS ET SES OBSTACLES

532. Comme indiqué aux chapitres précédents, les Etats ont le devoir de respecter, protéger et faire respecter les droits de l'homme ainsi que de prévoir des recours efficaces lorsque lesdits droits sont violés. Ces fonctions exigent que les Etats prennent des mesures législatives, administratives, judiciaires, fiscales et autres pour créer les conditions dans lesquelles les individus sous leur contrôle effectif peuvent jouir de leurs droits, y compris leurs droits économiques, sociaux et culturels. Un grand nombre d'institutions (y compris les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire), ayant chacune des responsabilités distinctes définies dans la législation et le droit administratif nationaux, sont responsables de la conception, de la mise en œuvre, du suivi et de l'évaluation des programmes de développement et de leur impact sur les droits de l'homme. Comme on le verra plus loin, les mécanismes judiciaires sont les principales voies empruntées pour obtenir une réparation pour les violations des droits de l'homme. La réparation peut consister en la restitution ou l'indemnisation, en des promesses juridiquement contraignantes de mesures correctives ou, si le préjudice est particulièrement grave, en des sanctions pénales.

533. Compte tenu de l'impossibilité d'assigner directement, pour l'heure, les STN devant une quelconque instance internationale, les juridictions nationales, tant civiles que pénales, ont alors un rôle central à jouer pour lutter contre les graves violations des droits de l'homme imputables à une STN.

534. Au civil, les particularités de cette matière appartiennent au droit international privé dont elles constituent – du moins dans le Pays ayant cette tradition, comme l'Italie – la branche dénommée « conflit de juridictions »⁴⁴³. En effet, au-delà du cas d'espèce où tous les éléments du litige sont localisés à l'intérieur d'un Etat, il s'agit d'établir, dans

443. Traditionnellement, dans les pays de tradition française et italienne, le droit international privé regroupe quatre thématiques : la nationalité, la condition des étrangers, les conflits de lois et les conflits de juridictions. Dans d'autres pays (notamment en Allemagne, en Suisse, en Autriche, les conflits de juridictions font l'objet d'une discipline distincte, le droit de la procédure civile internationale), le droit international privé se résume à la science des conflits de lois.

la perspective de chaque Etat, si et comment un litige présentant des éléments d'extranéité, peut fonder la compétence des juges dudit Etat. Il s'agit également d'établir lorsqu'une décision a été rendue par le juge d'un Etat donné, si et dans quelle mesure cette décision sera susceptible de produire des effets dans un autre Etat (par exemple dans l'Etat où la maison mère de l'ETN est localisée).

535. Ces problèmes seront résolus par l'appel au droit commun de chaque Etat et, bien entendu, par application des conventions interétatiques applicables (dans l'UE il s'agira surtout des règlements européens) en tant que *lex specialis*. Une fois la compétence admise, le juge d'un Etat donné devra procéder sur la base de sa *lex fori* en tant que *ordinatoria litis* tout en recherchant la loi applicable au fond – la *decisoria litis* selon l'ancienne terminologie des post glossateurs – d'après les règles de conflit en vigueur.

536. Cependant, la matière reste complexe, vaste, variable dans l'espace (d'Etat à Etat) et dans le temps, ainsi elle ne saurait être appréhendée ici dans son ensemble. On se limitera donc à envisager les questions qui nous semblent parmi les plus pertinentes pour ce type de litiges, tout en renvoyant le lecteur aux ouvrages généraux y compris les cours professés à l'Académie de droit international de La Haye.

537. La plupart des systèmes juridiques nationaux prévoient que les sociétés commerciales sont responsables sur le plan civil dans la même mesure que les personnes physiques et qu'elles peuvent être tenues pour responsables des actes de leurs agents, s'ils sont commis dans le cadre de leur fonction et qu'ils bénéficient à la société.

538. Si ces conditions sont réunies, le juge national doit néanmoins être compétent à raison du lieu pour connaître du litige. A cet égard, les juges de l'Etat où la société transnationale (*rectius*, la société-mère) est constituée et ceux de l'Etat hôte sont en principe compétents. Mais comme l'Etat d'accueil a souvent joué un rôle actif où tolérer les violations récriménées, il a rarement la volonté d'agir. C'est pourquoi, le for vers lequel les victimes peuvent se tourner utilement afin d'obtenir une réparation sera souvent celui de l'Etat du siège de la société-mère.

539. Le Principe fondateur de l'ONU n° 25 prévoit que :

«Au titre de leur obligation de protéger contre les atteintes aux droits de l'homme commises par des entreprises, les Etats doivent prendre des mesures appropriées pour assurer, par le biais de moyens judiciaires, administratifs, législatifs ou autres, que lorsque de telles atteintes se produisent sur leur territoire et/ou

sous leur juridiction, les parties touchées ont accès à un recours effectif.»

Il s'agit d'un principe vague sinon banal, car toute la question est de savoir quelles sont les mesures «appropriées» que les Etats doivent prendre pour protéger les victimes des violations des droits de l'homme. On peut citer l'exemple de l'affaire *Bhopal* et de l'utilisation par les juridictions fédérales américaines du *forum non conveniens*, ou, ce qui revient exactement au même, de l'affaire *Lubbe* et de la restriction par le législateur anglais de l'aide judiciaire, pour mettre les firmes occidentales à l'abri d'actions collectives⁴⁴⁴. Pareille position, fondée sur le coût que représente la mise en œuvre de la justice judiciaire au profit de victimes étrangères n'ayant pas contribué au financement des tribunaux locaux, a été perçue comme étant difficilement acceptable de la part d'un pays qui bénéficiait du revenu fiscal engendré par les activités délocalisées.

540. Si l'on se limite au seul aspect de l'accès au juge de l'ordre judiciaire, on doit en tirer toutes les conséquences, c'est-à-dire qu'outre la faculté de s'adresser à un juge, le droit d'accès comprend le droit d'obtenir une décision sur le bien-fondé de la contestation et le droit à l'exécution de la décision rendue par le tribunal saisi⁴⁴⁵. Chacune de ses acceptions intéresse, à des degrés divers, l'accès à la justice dont le droit international des droits de l'homme se fait garant.

444. H. Muir Watt, «Aspects économiques du droit international privé», *Recueil des cours*, tome 307 (2004), p. 25 ss, n° 242.

445. Cette aspect est acquis dans le système de la CEDH. Voir par exemple CEDH, 21 février 1975, requête n° 4451/70 *Golder c. Royaume-Uni*, *GACEDH*, paragraphe 35 ss. Il faut également remarquer que, si dans le système de la CEDH certaines dispositions ne sauraient souffrir ni atténuation ni dérogation, les articles 17 et 18 CEDH posent le principe de l'interprétation stricte des restrictions aux droits garantis. Ainsi, la Cour considère qu'au-delà de celles explicitement admises par la Convention, il existe des limites implicites. C'est pourquoi, par son arrêt *Golder*, la Cour prend soin de préciser que le droit d'accès ne revêt pas un caractère absolu, car

«il appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat, réglementation qui peut varier dans le temps et dans l'espace en fonction des besoins et des ressources de la communauté et des individus. En élaborant pareille réglementation, les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation».

Ce droit n'implique donc ni une compétence illimitée des tribunaux, ni une absence de contrôle sur l'exercice des recours! Voir sur cette question le commentaire à l'«Article 6», dans L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir. publ.), *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, 1995, p. 259 ainsi que V. Zagrebelsky, P. De Sena et S. Bartole, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padoue, Cedam, 2012.

541. Afin d'apprécier l'effort mené par le rédacteur des Principes directeurs, il faut adopter une perspective fonctionnaliste et phénoménologique pour comprendre que le but recherché ici est de maximiser l'accès des victimes à des mécanismes de réparation, peu importe qu'ils soient des mécanismes purement étatiques, paraétatiques ou non étatiques. Car, dans un monde où trop souvent les victimes des violations des droits de l'homme commises par des entreprises transnationales se sont trouvées seules avec leur douleur, l'essentiel est d'avoir des moyens de recours pour faire entendre sa voix et obtenir la cessation de la violation couplée par un dédommagement.

542. C'est pourquoi il y a un rapport de complémentarité et non de substitution entre les différents mécanismes de réparation des violations des droits de l'homme. Car leur source puise dans le droit international, dans le droit interne des Etats et même, quoi que l'on pense de la *lex mercatoria*, dans le droit a-national. Dans cette perspective globale, on peut apprécier que les mécanismes de réclamation relevant de l'Etat puissent être administrés par un établissement public, ou par un organe indépendant en vertu du droit interne. Puis, ils peuvent être judiciaires ou non judiciaires. Dans le cadre de certains mécanismes, le recours des victimes est direct et a pour but de demander réparation ; dans d'autres, un intermédiaire le fait à leur place. A juste titre, le Commentaire des Principes directeurs des Nations Unies observe que :

« On peut citer en exemple les cours (pénales et civiles), les tribunaux du travail, les institutions nationales de défense des droits de l'homme, les points de contact nationaux au titre des Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales de l'OCDE, de nombreux bureaux du médiateur et des bureaux des plaintes publics. »⁴⁴⁶

543. Pour rendre effectif le droit de recours des victimes contre les atteintes aux droits de l'homme commises par des entreprises, il faut aussi que l'Etat porte à la connaissance du public lesdits mécanismes et donne son soutien à cet effet par le biais d'un apport financier ou des conseils d'experts.

544. C'est en ce sens que, dernièrement, le professeur Ruggie s'est prononcé pour augmenter au maximum les voies de recours des victimes dans le Principe opérationnel n° 26 :

446. Commentaire à l'article 25 des *Principes directeurs de l'ONU*.

«Les Etats devraient prendre des mesures appropriées pour assurer l'efficacité des mécanismes judiciaires internes lorsqu'ils font face à des atteintes aux droits de l'homme commises par des entreprises, y compris en examinant les moyens de réduire les obstacles juridiques, pratiques et autres qui pourraient amener à refuser l'accès aux voies de recours.»

545. La capacité de ces mécanismes à remédier aux atteintes aux droits de l'homme commises par des entreprises dépend de leur «impartialité, de leur intégrité et de leur capacité à garantir une procédure régulière».

546. Mais plus important encore, comme il est clairement indiqué dans la résolution n° 60/147 adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU le 16 décembre 2005, sur les «Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire», ces obstacles résultent des déséquilibres fréquents observables du point de vue des ressources financières, de l'accès à l'information et à des conseils d'experts entre les parties qui déposent des plaintes pour atteintes aux droits de l'homme commises par des entreprises, ou viennent s'ajouter à ces disparités⁴⁴⁷.

447. Au sens du paragraphe VIII de la résolution n° 60/147 (<http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>) de l'Assemblée générale de l'ONU :

«Les victimes d'une violation flagrante du droit international des droits de l'homme ou d'une violation grave du droit international humanitaire auront, dans des conditions d'égalité, accès à un recours judiciaire utile, conformément au droit international. Les autres recours à la disposition des victimes incluent l'accès aux organes administratifs et autres, ainsi qu'aux mécanismes, modalités et procédures régis par la législation interne. Les obligations découlant du droit international qui visent à garantir le droit d'accès à la justice et à un procès équitable et impartial doivent être reflétées dans les législations internes. A cette fin, les Etats devraient :

a) Diffuser des informations, par des mécanismes publics et privés, sur tous les recours disponibles en cas de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire ; *b)* Prendre des mesures pour limiter autant que possible les difficultés rencontrées par les victimes et leurs représentants, protéger comme il convient leur vie privée de toute ingérence illégale et assurer leur sécurité, ainsi que celle de leur famille et de leurs témoins, en les préservant des manœuvres d'intimidation et des représailles, avant, pendant et après les procédures judiciaires, administratives ou autres mettant en jeu les intérêts des victimes ; *c)* Fournir l'assistance voulue aux victimes qui cherchent à avoir accès à la justice ; *d)* Mettre à disposition tous les moyens juridiques, diplomatiques et consulaires appropriés pour que les victimes puissent exercer leurs droits à un recours en cas de violation flagrante du droit international des droits de l'homme ou de violation grave du droit international humanitaire. Par-delà l'accès individuel à la justice, les Etats devraient s'efforcer de mettre en

547. Or, il y a toute une série d'obstacles juridiques et pratiques pouvant empêcher l'exercice des recours des victimes d'atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises.

548. Les victimes ou leurs représentants doivent normalement avoir la possibilité de s'adresser aux juges de l'Etat où la violation s'est produite ou, encore, surtout si les requérants s'exposent au déni de justice, dans l'Etat d'accueil d'une entreprise transnationale (ou d'une de ses filiales) (A), ils auraient le plus grand intérêt à accéder aux tribunaux de l'Etat d'origine de ladite entreprise, quel que soit le bien-fondé de la plainte (B).

A. L'accès au juge interne de l'Etat hôte d'une STN (Host State)

549. Dans de nombreux pays, très peu d'affaires peuvent être portées en justice contre une STN avec une chance de succès, soit parce que les droits humains ne sont pas appliqués, soit parce que le système judiciaire a étroitement défini des règles de procédure ou n'a pas la capacité de résoudre les problèmes complexes relatifs aux droits économiques et sociaux⁴⁴⁸. Le coût, la lenteur et, dans une certaine mesure, l'incertitude quant au résultat dissuadent souvent les gens de demander réparation par le biais du système juridique. Quand les systèmes juridiques sont corrompus ou susceptibles d'être récupérés par les intérêts des élites, la méfiance vis-à-vis de la loi est un autre obstacle majeur à la justice.

550. Le coût, la lenteur et, dans une certaine mesure, l'incertitude quant au résultat dissuadent souvent les gens de demander réparation par le biais du système juridique. Quand les systèmes juridiques sont corrompus ou susceptibles d'être manipulés par les élites, la méfiance vis-à-vis de la loi et du juge sont des obstacles majeurs à la justice. Bien que des efforts aient été accomplis pour rendre les mécanismes judiciaires plus accessibles, en particulier pour les pauvres, ceux qui vivent dans la pauvreté continuent à faire face à des problèmes insurmontables quand ils essaient d'obtenir réparation devant les

place des procédures pour permettre à des groupes de victimes de présenter des demandes de réparation et de recevoir réparation, selon qu'il convient. L'accès à un recours adéquat, utile et rapide en cas de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme ou de violations graves du droit international humanitaire devrait englober tous les mécanismes internationaux disponibles et appropriés dont une personne peut se prévaloir, sans préjudice de l'exercice de tout autre recours interne.»

448. Commission internationale des juristes, *op. cit.*, p. 89-98.

tribunaux. Dans certains cas, l'action judiciaire a même été associée à un creusement de l'écart entre les classes moyennes et les pauvres.

551. Le commentaire des Principes directeurs de l'ONU de 2011 identifie un certain nombre d'« obstacles d'ordre pratique et procédural à l'accès au recours judiciaire » qui méritent d'être rappelés et dûment intégrés. En passant, il est intéressant de noter que les *anti-suit injunctions*⁴⁴⁹ radicalement exclues de l'espace judiciaire européen⁴⁵⁰, n'apparaissent pas toujours incompatibles avec le droit d'accès au juge⁴⁵¹.

552. Or, il y a des coûts afférents au dépôt d'une plainte et pendant la durée du procès. Ce sont des aspects qui peuvent être reliés au chapitre classique de droit international privé, touchant la condition des étrangers.

N° 1 : Un coût supplémentaire pour les ressortissants étrangers

553. Tout d'abord dans quelques pays le droit d'accès aux tribunaux étatiques peut être limité par le fait d'être un ressortissant étranger. Il suffit de penser, de prime abord, à l'obstacle économique classique de la *cautio judicatum solvi*, prévue comme une règle de procédure civile nationale dans les pays où elle existe encore et qui oblige un ressortissant d'un autre Etat, lorsqu'il est non-résident, à constituer une caution afin de garantir les frais et les dommages et intérêts auxquels ce dernier aurait pu être condamné. Et ceci même s'il s'agit d'un individu qui entend agir en justice à l'encontre d'une grande société transnationale établie. On ne peut que se féliciter du fait que, du moins dans l'UE, cette institution de procédure est en train de disparaître car discriminatoire en soi au regard de l'accès à la justice⁴⁵².

449. H. Muir Watt, « Le for naturel du litige: l'injonction *anti-suit* en droit international privé français (réflexions au sujet de l'arrêt Brachot de la Cour de cassation) », dans *Apprendre à douter. Questions de droit. Questions sur le droit. Etudes offertes à Claude Lombois*, Pulim, 2005, p. 897; W. Kennett, « Les injonctions *anti-suit* », dans M.-T. Caupain et G. de Leval (dir. publ.), *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 133; H. Van Houtte, « A propos des injonctions *anti-suit* et d'autres torpilles pour couler des actions étrangères », dans M.-T. Caupain et G. de Leval (dir. publ.), *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 147.

450. CJCE, 27 avril 2004, affaire C-159/02.

451. Comp. Civ. 1^{re}, 19 novembre 2002, *Banque Worms*, préc., et Civ. 1^{re}, 30 juin 2004, *Stolzenberg* JCP 2004.II.10198 avis J. Sainte-Rose, *Dalloz*, 2004, p. 2743, note N. Bouche, *RCDIP*, 2004, p. 815, note H. Muir Watt, *RTDC*, 2004, p. 549, obs. P. Théry, *Clunet*, 2005, p. 112, note G. Cuniberti.

452. CJUE, *Saldanha c. Austria*, 2 octobre 1997, C-122/96, paragraphe 15: « Il importe d'abord de relever que la seule circonstance qu'un ressortissant d'un Etat

554. A nouveau, on voit toute l'importance de la Convention tendant à faciliter l'accès international à la justice conclue le 25 octobre 1980 sous les auspices de la Conférence permanente de droit international privé de La Haye⁴⁵³ même si elle est mal connue par les praticiens. D'une part, cette convention prévoit à son article 14 que :

«Aucune caution ni aucun dépôt, sous quelque dénomination que ce soit, ne peut être exigé en raison de leur seule qualité d'étranger ou de leur seul défaut de domicile ou de résidence dans l'Etat où l'action est intentée, des personnes, physiques ou morales, ayant leur résidence habituelle dans l'un des Etats contractants qui seront demandeurs ou intervenants devant les tribunaux d'un autre Etat contractant.

La même règle s'applique au versement qui serait exigé des demandeurs ou des intervenants pour garantir les frais judiciaires. »

555. D'autre part, *—ubi commoda et ibi incommoda!* — à son article 15, elle prévoit que :

«Les condamnations aux frais et dépens du procès, prononcées dans l'un des Etats contractants contre toute personne dispensée de caution, ... seront, à la demande du créancier, rendues gratuitement exécutoires dans tout autre Etat contractant. »

Du moins dans un contexte *Business and Human rights* on ne saurait donc partager les hésitations de la Cour EDH laquelle, à des conditions bien précises, admet néanmoins la *cautio iudicatum solvi*⁴⁵⁴. Imposer

membre possède en même temps la nationalité d'un pays tiers, dans lequel il a son domicile, ne le prive pas du droit d'invoquer, en tant que ressortissant de cet Etat membre, l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité consacrée par l'article 6 [du traité CE, *n.d.r.*], premier alinéa (voir, en ce sens, s'agissant de l'article 52 du traité, arrêt du 7 juillet 1992, *Micheletti e.a.*, C-369/90, *Recueil* p. I-4239, point 15). Voir à ce sujet les pertinentes réflexions et les références de G. Rossolillo, «Forum necessitatis e flessibilità dei criteri di giurisdizione nel diritto internazionale privato nazionale e dell'unione europea», dans *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 2, n° 1, 2010, p. 403-418. Voir même dans le contexte de l'arbitrage, B. Bernhard, «Prozesskostensicherheit (*cautio iudicatum solvi*) in Schiedsverfahren», *ASA Bulletin*, 2004, p. 16 ss.

453. Entrée en vigueur le 1^{er} mai 1988, cf. http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=91. Voir pour un commentaire J. W. Soek, «Recent Developments in the Field of *Cautio Iudicatum Solvi*, Cost Free Access and Free Legal Assistance», *Netherlands Int. L. Rev.*, 1981, p. 284 ss; H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, tome II, Paris, LGDJ, 7^e édition, 1983, p. 529, n° 598; Y. Loussouarn, P. Bourel et P. De Vareilles-Sommières, *Droit international privé, op. cit.*, n° 702; P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé, op. cit.*, n° 494.

454. D'après la Cour il faut que la limitation du droit d'accès qu'elles induisent réponde à la condition de nécessité, c'est-à-dire qu'elles n'atteignent pas le droit dans

une caution *judicatum solvi* en se fondant sur la seule internationalité du litige correspond à empêcher le droit d'accès au juge étatique si le demandeur ne peut y faire face.

N° 2 : L'incompétence du juge du for en raison de la citoyenneté étrangère des parties

556. Il faut également rappeler les obstacles de nature juridique qui, pendant longtemps, ont limité le droit d'accès des étrangers aux tribunaux car, par exemple en France, la jurisprudence avait posé le principe de l'incompétence des tribunaux français dans les litiges entre étrangers, au motif, notamment, que la faculté de s'adresser à ces tribunaux était, au sens de l'article 11 du Code civil, un « droit civil », dont ne jouissaient pas les étrangers, et non un « droit naturel »⁴⁵⁵. Ce droit leur a été reconnu lorsque la Cour de cassation a, tour à tour, décidé que l'extranéité des parties n'est pas une cause d'incompétence des tribunaux français⁴⁵⁶ et qu'« il est de principe que les étrangers jouissent en France des droits qui ne leur sont pas spécialement refusés »⁴⁵⁷.

sa substance même et qu'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Ils sont au nombre de quatre : le stade de la procédure, la somme demandée, le délai pour la consigner et le système qui conduit au prononcé d'une ordonnance exigeant le versement de la caution. Voir à ce propos CEDH, 13 juillet 1995, requête n° 18139/91, *Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni*, paragraphe 61 (*Clunet*, 1996, p. 228, obs. E. Decaux, *Justices*, 1996, p. 232, obs. G. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss); CEDH, 10 mai 2001, requête n° 29392/95, *Z. et al. c. Royaume-Uni*, paragraphe 93; CEDH, 10 mai 2001, requête n° 28945/95, *T. P. et K. M. c. Royaume-Uni*, paragraphe 98.

455. Cass. req., 18 juillet 1892 : S. 1892, 1, p. 407; DP 1892, 1, p. 489. Cette attitude restrictive n'a cependant jamais été générale : déjà le Code civil (art. 15) avait implicitement accordé aux étrangers le droit d'accès aux tribunaux français en leur permettant d'y attirer leurs adversaires de nationalité française ; de son côté, la jurisprudence, en multipliant les exceptions au principe de l'incompétence, a considéré du même coup, quoique implicitement, que les étrangers jouissaient du droit de s'adresser aux tribunaux. Voir aussi, en général, Association H. Capitant, *La circulation du modèle juridique français : Journées franco-italiennes*, Paris, Litec, 1994.

456. Cass. civ., 21 juin 1948, Patino : S. 1949, 1, p. 121, note J.-P. Niboyet; *JCP G* 1948, II, 4422, note P. L.-P.; *Rev. crit. DIP* 1949, p. 557, note Ph. Francescakis.

457. Cass. civ., 27 juillet 1948 : *D.* 1948, p. 535; *Rev. crit. DIP*, 1949, p. 75, note H. B. Voir déjà, CA Paris, 20 avril 1916 : S. 1920, 2, p. 17, note A. Pillet, déclarant que le droit d'ester en justice est un droit naturel dont l'étranger jouit en France, s'agirait-il d'un ressortissant d'un pays en guerre avec la France. Du point de vue de la condition des étrangers, l'extranéité des parties n'est donc plus une fin de non-recevoir (H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, Paris, Sirey, 1973, tome II, *La compétence*, n° 393) : le droit d'accès à la justice française est une liberté publique (H. Solus et R. Perrot, cités *supra* n° 29, tome I, n° 284) octroyée sans discrimination aux étrangers et aux Français (CA Paris, 7 juillet 1954 : *JDI* 1955, p. 636, note A. Ponsard); *Rev. crit. DIP* 1954, p. 552, note Ph. Francescakis : « l'accès des prétoires est ouvert aux étrangers aux mêmes conditions qu'aux nationaux ».

N° 3 : Le refus de *locus standi* aux personnes morales étrangères

557. De même, d'autres limitations visaient spécifiquement les personnes morales étrangères y compris les STN. Ainsi, une règle française de condition des étrangers prévoyait qu'un groupement étranger ne pouvait jouir d'un droit ni l'exercer en France s'il n'avait pas été «reconnu» en France⁴⁵⁸. Or, on sait que la reconnaissance des sociétés de capitaux ne pouvait résulter que d'un décret ou d'un traité international (L. 30 mai 1857) : à défaut, une société anonyme étrangère ne pouvait agir devant un tribunal français, alors même que la loi étrangère qui la régissait lui conférait la capacité d'ester en justice⁴⁵⁹. Toutefois, il a été admis que les groupements étrangers non reconnus n'étaient pas privés en France de la «capacité passive» d'ester en justice, c'est-à-dire qu'ils pouvaient se défendre en justice et par la suite être assignés devant un tribunal français⁴⁶⁰.

558. Enfin, la restriction de la «capacité active» d'ester en justice des sociétés étrangères de capitaux comme demanderesses initiales a aujourd'hui disparu car contraire aux droits de l'homme des personnes morales. Plusieurs chambres de la Cour de cassation ont en effet neutralisé la loi du 30 mai 1857 en invoquant précisément la Convention européenne des droits de l'homme (l'art. 6-1, qui garantit le droit d'accès à un juge, et le 1^{er} Protocole additionnel à cette convention ainsi que les articles 1 et 5, le droit d'une personne au respect de ses biens) pour déclarer que toute personne morale a la capacité d'agir en justice devant une juridiction française pour la protection de ses biens et intérêts, alors même que la personne morale demanderesse aurait la nationalité d'un Etat, y compris d'un Etat non partie à la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁶¹.

458. H. Batiffol et P. Lagarde, n° 200 ss; P. Mayer et V. Heuzé, n° 1053 ss, B. Goldman, A. Lyon-Caen et L. Vogel, *Droit commercial européen*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 1994, n° 67 ss et 99 ss.

459. Cass. civ., 1^{er} août 1860 : S. 1860, 1, p. 865. P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, n° 1055. Sur la subordination ou non de la capacité d'ester en justice d'un Etat étranger ou d'une personne morale étrangère de droit public à sa reconnaissance par la France, voir H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, n° 190-1. Voir aussi à propos des associations, Ch. Aubertin, «Les associations en droit international privé français...», *JDI* 1983, p. 543 ss.

460. Cass. civ., 19 mai 1863 : S. 1863, 1, p. 353, conclusion Dupin; CA Aix-en-Provence, 3 juillet 1952, sol. impl. : *DMF* 1952, p. 655; *Rev. crit. DIP* 1953, p. 842; H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, n° 200; P. Mayer et V. Heuzé, *op. et loc. cit.*

461. Cass. crim., 12 novembre 1990, n° 89-81.851 : *JurisData* n° 1990-003790; *Bull. crim.* 1990, n° 377; *D.* 1992, p. 29, note B. Bouloc; *Rev. crit. DIP* 1991, p. 667, note G. Khairallah; *Rev. sociétés* 1992, p. 39, note G. Roujou de Boubée, action civile d'une société du Liechtenstein qui se prétendait victime d'une infraction; Cass.

559. De pareilles restrictions au droit d'accès peuvent frapper les associations étrangères y compris les ONG dont la mission est la protection des droits de l'homme et l'assistance judiciaire aux victimes. La capacité des ONG d'invoquer directement une procédure pénale et/ou civile influence directement l'accès des victimes à la justice, en particulier dans les affaires fondées sur le principe de la compétence universelle. C'est pourquoi cette règle de condition des étrangers peut être particulièrement pernicieuse dans le contexte des droits de l'homme.

560. Ainsi, pour continuer l'exemple précédent, en France, aux termes de l'article 5, alinéa 3 de la loi du 1^{er} juillet 1901 (ajouté L. 9 octobre 1981), « lorsque l'association aura son siège social à l'étranger, la déclaration préalable ... sera faite à la préfecture du département où est situé le siège de son principal établissement ». Ce texte, envisageant le cas d'une association étrangère qui exerce en France une activité permanente par l'intermédiaire d'un ou plusieurs établissements situés en France, avait été interprété comme subordonnant la « reconnaissance » de l'association étrangère et par conséquent sa capacité juridique et le droit d'ester en justice à une déclaration préalable auprès d'une autorité administrative française⁴⁶². C'est pourquoi cette approche a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁶³ jusqu'au jour où la Cour de cassation a abandonné son interprétation en affirmant, après avoir fait état des articles 6-1 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, que « toute personne morale étrangère, qui se prétend victime d'une infraction, est habilitée à se constituer partie civile devant une juridiction française, dans les conditions prévues par l'article 2 du Code de procédure pénale, même si elle n'a pas d'établissement en France et n'a pas fait de déclaration préalable à la préfecture »⁴⁶⁴.

1^{re} civ., 25 juin 1991, n° 90-13.849 : *JurisData* n° 1991-001776 ; *Bull. civ.* 1991, I, n° 207 ; *JCP G* 1991, IV, p. 337 ; *D.* 1992, somm. p. 163, obs. B. Audit ; *Rev. crit. DIP* 1991, p. 667, note G. Khairallah, c'est bien récemment la loi qui est intervenue pour constater l'abrogation pure et simple de la loi du 30 mai 1857 (L. n° 2007-1787, 20 décembre 2007, article 27, II, 4° : *Journal Officiel* 21 décembre 2007, p. 20639. V. D. Bureau, « Feu la loi du 30 mai 1857 », *Rev. crit. DIP* 2008, p. 161.

462. Cass. crim., 16 novembre 1999, n° 96-85.723 : *Bull. crim.* 1999, n° 260 ; *D.* 2001, p. 665, note critique L. Boré et J. de Salve de Bruneton. Cass. crim., 12 avril 2005, n° 04-85.982 : *Bull. crim.* 2005, n° 121. Voir Ch. Aubertin, « Les associations en droit international privé français », *JDI* 1983, p. 543 ss, n° 23-25.

463. CEDH, 15 janvier 2009, n° 36497/05 et 37172/05 : *D.* 2009, p. 374, obs. M. Léna ; *JCP G* 2009, I, 142, n° 6, obs. T. Clay.

464. Cass. crim., 8 décembre 2009, n° 09-81.607 : *JurisData* n° 2009-050975 ; *Bull. crim.* 2009, n° 205 ; *JCP G* 2010, 417, note F. Forgues ; *D.* 2010, p. 202, obs. M. Léna

N° 4 : Les coûts du procès en soi

561. En quatrième lieu, les coûts entraînés par un procès sont variables selon la nature et la complexité de l'affaire ainsi que la procédure et la juridiction compétente pour juger de l'affaire⁴⁶⁵. Ils sont fréquemment très élevés, surtout dans les pays de *Common Law*, comme les Etats-Unis, le Royaume-Uni et le Canada où l'assistance judiciaire des Etats devient économiquement quasi inaccessible pour des plaignants étrangers⁴⁶⁶.

562. Des catégories différentes de frais peuvent normalement être distinguées : les honoraires de l'avocat, en principe à la charge de son client ; les dépens, qui comprennent essentiellement les émoluments de représentation dus aux avocats ; les frais d'expertise judiciaire et d'enquête ; les indemnités éventuelles des témoins, soumises à tarif ; le droit de plaidoirie ; les dépenses tarifées avancées par les professionnels pour les besoins du procès.

563. Dans plusieurs systèmes juridiques, les dépens sont à la charge de la partie perdante. Néanmoins, le juge peut, par décision motivée, mettre la totalité ou une fraction à la charge de l'autre partie ; ce qui s'imposerait, dans ce type de contentieux, par rapport à l'équité ou à la situation économique de la partie perdante, à supposer qu'elle soit la prétendue victime d'une violation des droits de l'homme de la part d'une entreprise transnationale.

564. Bref, dans quelques pays le *coût de la justice* peut être très élevé – en valeur absolue ou simplement parce qu'il faut attendre plus de cinq ans pour une décision du juge au premier degré ! – jusqu'à dissuader les requérants de porter plainte. A ce propos, d'après

et p. 2256, obs. J. Pradel ; *Dr. pén.* 2010, comm. 27, obs. A. Maron et M. Haas ; *Rev. sc. crim.* 2010, p. 182, obs. A. Giudicelli.

465. Voir par exemple H. Muir Watt, *Recueil des cours, ult. loc. cit.*

466. Voir à ce propos, dans le cadre de la CEDH, Cour EDH, 9 octobre 1979, requête n° 6289/73 *Airey c. Irlande*, *GACEDH* n° 2, paragraphe 24. Ici, la Cour souligne que l'effectivité du droit au juge implique que l'individu puisse « présenter ses arguments de manière adéquate et suffisante » ; CEDH, 19 septembre 2000, requête n° 40031/98, *Gnahoré c. France*, paragraphe 37 (RTDH 2001, p. 1063, note M. Puéchavy). Le contrôle entrepris par la Cour concerne également l'hypothèse où le requérant n'est pas demandeur mais défendeur au procès (CEDH, 7 mai 2002, requête n° 46311/99, *Mc Vicar c. Royaume-Uni*, paragraphe 50). Le problème soulevé par l'octroi de l'aide judiciaire se déplace alors logiquement de l'effectivité de l'accès au juge au respect de l'égalité des armes (CEDH, 7 mai 2002, requête n° 46311/99 *Mc Vicar c. Royaume-Uni*, paragraphe 50 ; CEDH, 15 février 2005, requête n° 68416/01, *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, précité, paragraphe 61). Cependant, le droit à l'assistance gratuite d'un avocat d'office, prévu à l'article 6, paragraphe 3 c) de la CEDH, est relatif à la matière pénale.

M. Ruggie, l'Etat devrait créer «des mécanismes fondés sur le «marché» (comme l'assurance contre les litiges et les barèmes de frais de justice) ou d'autres moyens» permettant, dans ce type d'actions en justice, de la rendre.

En même temps, on reconnaît que «Les Procureurs de la République n'ont pas les ressources, les compétences et le soutien nécessaires pour honorer les obligations propres de l'Etat d'enquêter sur la participation des individus et des entreprises aux délits liés aux droits de l'homme».

Ce qui permet de souligner la liaison entre le procès dans l'Etat du dommage et le possible procès dans l'Etat d'origine d'une entreprise transnationale.

565. A ce propos, il convient de remarquer que l'abolition du *cautio judicatum solvi* et l'institution de l'aide judiciaire gratuite de l'Etat apparaissent comme des moyens de protection des victimes des graves violations des droits de l'homme restant encore assez peu courants, même dans les Etats les plus développés. Ici, en prenant comme modèle positif le dispositif d'aide juridique de la France, prévu par la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique complétée par le décret n° 91-1266 du 18 décembre 1991, l'on retrouve: a) l'aide juridictionnelle: c'est-à-dire l'aide financière accordée pour une procédure devant une juridiction et en matière de transaction; b) l'aide à l'intervention de l'avocat dans des procédures pénales qui peuvent être alternatives aux poursuites (composition pénale, médiation pénale), pour l'intervention de l'avocat au cours des mesures de garde à vue, et en milieu pénitentiaire devant la commission de discipline; c) l'accès au droit (information, orientation, consultation juridique gratuite)⁴⁶⁷.

566. Dans le monde de *Common Law*, si l'on prend comme modèle le dispositif anglais, on trouve les différents niveaux d'aide en matière civile suivants: a) l'aide juridique (*Legal Help*), qui recouvre les premiers conseils et les premières mesures d'assistance concernant un problème juridique, quel qu'il soit; b) l'aide juridictionnelle (*Help at Court*), qui inclut l'assistance en justice devant les juridictions où la représentation totale n'est pas obligatoire; c) l'aide familiale agréée (*Approved Family Help*), qui comprend les services inclus dans l'aide

467. Cependant si la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 ouvre le bénéfice de l'aide juridictionnelle aux étrangers et assimile les ressortissants de l'Union européenne aux nationaux, il reste que les ressortissants d'Etats tiers ne peuvent, en principe (cf. l'art. 3) prétendre à l'octroi de l'aide juridictionnelle qu'à la double condition de résider habituellement et régulièrement en France ou dans tout autre Etat membre de l'Union européenne à l'exception du Danemark (article 3-1 introduit par la loi n° 2005-750 du 4 juillet 2005).

juridique, ainsi que l'ouverture de procédures relevant du droit de la famille et la représentation dans ces procédures, le cas échéant, afin d'obtenir la communication d'informations par une autre partie ou un jugement d'expédient qui entérine un accord amiable des parties en litige; *d*) la représentation en justice (*Legal Representation*), qui consiste à représenter une partie à un procès ou une personne qui envisage d'intenter un procès. A ce propos, la commission des services juridiques (*Legal Services Commission*) n'octroie l'aide judiciaire qu'aux personnes physiques, sans condition de nationalité ou de résidence⁴⁶⁸.

567. Aux Etats-Unis, trois experts comme Skinner, McQuordale et O. De Schutter ont relevé que

«les demandeurs qui engagent une procédure civile auprès de tribunaux fédéraux ou étatiques n'ont pas droit à l'aide juridictionnelle. Lorsqu'une plainte est déposée en vertu de l'ATS, de la TVPA ou de la *Common Law* étatique, les honoraires d'avocats et les frais de justice encourus par la partie gagnante ne sont pas pris en charge. Souvent, les avocats percevront un pourcentage du règlement à l'amiable ou des dommages-intérêts. En général, les avocats du secteur privé acceptent peu de litiges, étant donné que ces affaires présentent des risques et qu'elles ont peu de chance d'aboutir à des dommages-intérêts. Par contre, certaines organisations non gouvernementales, ainsi que des cabinets d'avocats, se sont parfois occupées d'affaires à titre bénévole. Cependant, en raison des frais généralement élevés associés à ces affaires et de la durée de ces procédures (en général sur plusieurs années), il est souvent difficile de trouver représentation, ce qui constitue un obstacle à un recours effectif»⁴⁶⁹.

468. Voir pour un très intéressant panorama de droit de chaque Etat membre de l'UE le site : http://ec.europa.eu/civiljustice/legal_aid/legal_aid_eng_fr.htm.

469. G. Skinner, R. McQuordale et O. De Schutter, *Le troisième pilier. L'accès à la justice dans le cadre des atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises multinationales*, p. 18. Les mêmes auteurs observent à juste titre que

«[L]e droit de l'Union européenne ne prévoit généralement pas que les victimes d'atteintes aux droits de l'homme perpétrées hors de l'Union puissent bénéficier de l'aide juridictionnelle. Une directive de 2003 vise à promouvoir l'aide juridictionnelle dans les litiges transfrontaliers pour les personnes dont les ressources ne permettent pas d'accéder effectivement à la justice. Toutefois, cette directive se limite aux litiges transfrontaliers au sein de l'Union européenne et n'est pas applicable à une plainte déposée contre une société-mère domiciliée au sein de l'Union pour un dommage s'étant produit hors de l'Union européenne. De plus, cette directive ne profite qu'aux ressortissants nationaux ayant leur domicile ou leur résidence sur le territoire d'un Etat membre et aux ressortissants de pays

568. Bref, il apparaît que l'accès aux tribunaux peut impliquer, dans certaines circonstances, une action positive de l'Etat prenant la forme d'une aide financière en faveur de la victime. L'aide juridictionnelle permet à son bénéficiaire de recevoir gratuitement l'assistance d'un avocat ou celle d'un autre auxiliaire de justice (huissier, avoué, notaire, commissaire-priseur, etc.) et d'être exonéré des frais de justice.

569. Mais à l'époque actuelle, lorsque ce dispositif existe, il est offert à condition que ses usagers se retrouvent dans des conditions économiques particulièrement difficiles et sans référence à la violation grave des droits de l'homme de la victime ou des victimes de la part d'une entreprise transnationale. En revanche, hormis pour les procédures pénales, les ressortissants étrangers ne peuvent obtenir une aide juridictionnelle dans des litiges extraterritoriaux complexes que dans des circonstances exceptionnelles.

Ainsi, l'on a pu remarquer que

«si le gouvernement hollandais a aidé financièrement les paysans nigériens dans leur démarche contre Shell, les autorités helvétiques n'ont rien donné à la veuve du syndicaliste assassiné Luciano Romero dans la plainte contre Nestlé, estimant qu'elle avait assez d'argent pour vivre en Colombie et payer les frais d'une procédure en Suisse»⁴⁷⁰.

570. C'est pourquoi, aujourd'hui, les possibilités de regrouper les plaintes ou de permettre les procédures de groupe (comme les *actions de groupe*) deviennent une solution importante dans ce type de contentieux. Mais, comme le note M. Ruggie, l'état actuel du droit positif montre que ces procédures «sont insuffisantes, empêchant ainsi les requérants à titre individuel d'accéder à des voies de recours efficaces».

571. En dehors de cela, à la différence des contentieux interétatiques où l'*amicus curiae* a progressivement été admis dans le procès international, les juges étatiques reconnaissent très rarement – sinon jamais! – la capacité des associations et/ou des ONG à introduire des actions en réparation au titre de l'intérêt légal qu'elles représentent où bien à participer dans un procès d'autrui à titre d'*amicus curiae*.

tiers qui sont en situation régulière de séjour et ont leur résidence habituelle sur le territoire d'un Etat membre. Ainsi, cette directive n'est d'aucune aide aux victimes résidant hors de l'Union européenne.»

470. Voir <http://www.alliancesud.ch/fr/politique/multinationales/droit-d2019acces-a-la-justice-bafoue>.

N° 5 : Le coût de l'obtention des preuves

572. En cinquième lieu, l'obtention des preuves nécessaires pour constituer un dossier et assurer sa défense peut également s'avérer problématique lorsque les informations nécessaires et les preuves sont détenues dans différents pays. Ainsi, il est regrettable que maints pays de *civil law* comme la France, l'Italie, l'Allemagne ou la Suisse, parmi d'autres, ne connaissent pas la procédure de « *discovery* » de la *common law*. Concrètement, la loi des pays de *civil law* n'oblige pas une entreprise à fournir toute information ou à produire toutes les pièces qui pourraient être utiles à la solution d'un litige. Un individu plaidant contre une entreprise sera dès lors obligé de prouver la culpabilité de l'entreprise sans avoir probablement accès aux documents clés. Les armes sont donc coûteuses et inégales.

N° 6 : Les délais de procédure

573. Enfin, les délais de procédure, tels que les délais de prescription applicables à de nombreuses actions, peuvent devenir des obstacles supplémentaires à la recevabilité de plaintes relatives à des violations de droits de l'homme. La prescription de l'action, le *Statute of limitations* en *common law*, s'applique à la fois aux actions civiles et pénales. La prescription de l'action oblige le demandeur à introduire une requête dans une période définie à partir du point de départ de la prescription, soit la commission du fait dommageable ou de la découverte du fait dommageable. A défaut, le demandeur sera privé de son droit d'action. Avec les autres facteurs, comme les difficultés inhérentes aux enquêtes et à la collecte des preuves pour ces plaintes ou les coûts des procédures, la prescription peut devenir un obstacle insurmontable si elle est opposable aux actions civiles en réparation pour violations flagrantes des droits de l'homme et du droit international humanitaire.

574. La prescription d'une action pénale est réglée par la *lex fori*. Si un certain temps s'est écoulé depuis la commission de l'infraction, cela signifie qu'aucune action publique ne peut être prise et qu'aucun jugement ne peut être prononcé. Il existe aussi une prescription concernant uniquement l'exécution de la peine : dans ce cas, le fait qu'un certain laps de temps se soit écoulé signifie que la sanction pénale ne peut pas s'appliquer. Dans la plupart des systèmes juridiques, des prescriptions s'appliquent aux infractions mineures. En revanche, en cas d'infractions graves comme en matière de droits humains, il faut

souhaiter que plusieurs systèmes juridiques, admettent des prescriptions plus longues.

N° 7: Les problèmes de l'accès au juge des groupes indigènes et des minorités

575. Certains groupes, comme les peuples autochtones et les migrants, n'arrivent pas à profiter du niveau de protection juridique des droits de l'homme dont bénéficie la population dans son ensemble dans l'Etat hôte. C'est pourquoi, rarement, les entreprises multinationales ont fait face à plus d'actions en justice dans leur pays d'origine que dans les pays d'accueil. Aux Etats-Unis, l'*Alien Torts Claims Act* a été utilisé par des groupes indigènes et des communautés locales pour poursuivre les sociétés américaines coupables d'atteintes aux droits de l'homme dans leurs pays, même si à ce jour toutes ces plaintes ont été rejetées ou se sont réglées à l'amiable.

N° 8: Les problèmes de l'accès des enfants au juge

576. Ici, on peut se reporter tout simplement aux observations (2013) du Comité pour le droit des enfants d'après lequel :

«Les enfants ont souvent des difficultés à accéder au système de justice pour former des recours utiles en cas d'atteintes à leurs droits lorsque des entreprises sont impliquées dans ces atteintes. Il arrive que les enfants n'aient pas la capacité juridique requise pour introduire une plainte ; de plus, les enfants et leur famille connaissent souvent mal leurs droits et les mécanismes et procédures prévus pour les faire valoir ou ne font pas confiance à la justice. Les Etats n'enquêtent pas toujours sur les infractions aux lois pénales, civiles ou administratives commises par des entreprises. De plus, outre le rapport de force profondément déséquilibré qui existe entre les enfants et les entreprises, les frais à assumer pour engager des poursuites contre ces dernières sont souvent prohibitifs et les enfants peinent à s'assurer les services d'un avocat.»

577. En outre, il n'est pas rare que l'intermédiaire local de l'entreprise (filiale, sous-traitant ou partenaire commercial), auteur des faits, soit insolvable ou ne soit pas assuré, ou encore que les preuves soient localisées dans le pays d'origine de la multinationale, lorsqu'elle est

elle-même l'auteur des faits incriminés ou, à tout le moins, à l'origine des décisions qui ont conduit à la violation.

Bref, si l'Etat hôte ne fait rien ou fait trop peu, les victimes des violations des droits de l'homme ont intérêt à s'adresser au juge national de l'Etat d'origine d'une STN.

B. L'accès au juge interne de l'Etat d'origine d'une STN
(Home State)

578. La possibilité pour les victimes d'engager des poursuites sur la base des obligations extraterritoriales des Etats, par exemple, en demandant réparation auprès des sociétés mères en vertu de leur responsabilité civile et pénale pour les violations commises par leur agents ou filiales à l'étranger, est souvent la seule chance permettant aux victimes d'obtenir réparation tout en profitant d'un système judiciaire – du moins par hypothèse – adéquat et de la présence sur place du patrimoine de la société-mère. En outre, il n'est pas rare que l'agent ou l'intermédiaire local de l'entreprise (filiale, sous-traitant ou partenaire commercial), auteur des faits illicites, soit insolvable ou ne soit pas assuré : l'affaire du Bhopal a bien démontré que la filiale indienne n'avait qu'un patrimoine dérisoire par rapport au dommage catastrophique causé.

579. Il se peut aussi, on l'a dit, que les preuves soient localisées dans le même pays d'origine de la STN, lorsqu'elle est l'auteur des faits incriminés ou, à tout le moins, à l'origine des décisions qui ont conduit à la violation.

580. A supposer que les obstacles à l'accès à la juridiction de l'Etat d'origine soient levés, on retrouve ici la question évoquée dans la première partie de ce cours : celle de la différence radicale entre la compétence d'édiction et la compétence de juridiction des Etats⁴⁷¹. Car ici l'Etat ne se contente plus de créer des règles nationales de droit matériel ayant vocation universelle, mais il doit dire à la victime si oui ou non et par le biais de quel juge il va donner satisfaction à ses prétentions à l'encontre d'une entreprise transnationale. On voit bien ici qu'il s'agit du domaine de la «compétence internationale du juge étatique», voire du «conflit de juridictions», sujet classique de droit international privé sur lequel une vaste littérature existe.

471. *Supra*, ainsi que B. Audit et L. D'avout, *Droit international privé*, 7^e éd., Paris, Economica, 2013, p. 352 ss.

581. On sait bien que l'expression de « conflit de juridictions » peut être trompeuse car, à la différence du conflit de lois, cette matière est faite par des règles unilatérales, normalement de source étatique (sauf application d'un traité international, ou pour les Etats membres de l'UE du droit européen) en vigueur dans la *lex fori*⁴⁷². En effet, il s'agit des règles qui « n'ont pas vocation à conférer compétence à des juridictions étrangères, parce que chaque Etat est maître des conditions dans lesquelles ses tribunaux acceptent de se saisir »⁴⁷³, comme de reconnaître et exécuter des jugements étrangers. Tout ceci, bien entendu, sous le contrôle du droit international public car la compétence de juridiction, manifestation de la *jurisdiction*, de la souveraineté, en tant qu'acte unilatéral de l'Etat, doit s'exercer dans le cadre de l'ordre interétatique et de sa légalité⁴⁷⁴.

582. La détermination du juge compétent a une incidence sur la loi qui sera appliquée au litige, en raison de la diversité des règles de conflit de lois susceptibles de concerner ce litige et du fait que chaque juge applique son propre système de conflit de lois. Ainsi, un juge d'un Etat membre de l'Union européenne et un juge américain peuvent être conduits à appliquer des droits différents pour statuer sur un même litige international, en fonction de leur règle de conflit de lois respective.

583. Par exemple, les Etats membres devraient réexaminer régulièrement les obligations internationales qui leur incombent en vertu des articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme d'octroyer à toute personne un accès à un tribunal pour déterminer ses droits civils, ainsi qu'à quiconque dont les droits ont été violés selon cet

472. En ce qui concerne la compétence judiciaire, cf. F. Matscher, « Etude des règles de compétence judiciaire internationale dans certaines conventions internationales », *Recueil des cours*, tome 161 (1978), p. 161 ; N. Fragistas, « La compétence internationale en droit privé », *Recueil des cours*, tome 104 (1961), p. 170 ; A. Miaja de la Muela, « Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international », *Recueil des cours*, tome 135 (1972), p. 29 ss.

473. Audit et D'Avout, *op. cit.*, p. 349. Cf. F. Rigaux, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », *Recueil des cours*, tome 213 (1989), p. 292-334.

474. Cf. par exemple, « Droit international public et droit international privé sous l'angle de la notion de compétence », *RCDIP* 1979, p. 1, p. 349, p. 537, où M. Mayer écrit qu'« il semble, si l'on s'en tient au droit international positif, que les limitations à la compétence des Etats soient en général peu contraignantes, incertaines et vagues. Elles prennent, soit la forme de l'exigence d'un rattachement sérieux, effectif, soit celle de l'exclusion de critères particuliers » (p. 567) ainsi que P. de Vareilles-Sommières, « La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé. Droit international public et droit international privé », *LGDJ*, 1997, p. 7 ss, n° 8 ss.

instrument, un recours effectif devant une instance nationale, y compris lorsque cette violation découle d'une activité commerciale.

584. Bien plus, puisque les règles sur la compétence internationale du juge étatique sont des règles unilatérales, les victimes, comme les agents économiques privés, risquent un déni de justice⁴⁷⁵, en cas de conflit négatif de juridictions, ou encore, en cas de conflit positif, ils risquent des situations de litispendance internationale très complexes (et coûteuses).

585. Chaque fois que la situation litigieuse n'obéit à aucun des critères qui servent à fixer unilatéralement la compétence internationale des autorités d'un Etat donné⁴⁷⁶, la victime d'une violation de ses droits de l'homme va se retrouver sans recours effectif. Cela est dû au caractère intrinsèquement relatif des règles de compétence internationale en l'absence d'un système de règles uniformes agréées par traité, ou, comme dans le cadre de l'Union européenne, issues d'un instrument de droit dérivé.

586. Par conséquent, exception faite pour les obligations conventionnelles de droit international «public», il appartient à chaque pays, tout en respectant le droit interétatique général, de dire si et quand ses juges ou autorités nationales sont compétents dans une situation donnée. Il s'agit, dans une première étape, de vérifier si le litige international relève ou non de l'ordre juridictionnel d'un Etat donné, c'est-à-dire de la compétence de ses tribunaux dans leur ensemble : cette compétence est qualifiée de «compétence internationale» ou de «compétence générale»⁴⁷⁷. Dans une deuxième étape, en supposant que les tribunaux dudit Etat soient «internationalement» compétents, il conviendra de désigner parmi eux *le juge* qui devra être effectivement saisi, selon le

475. Voir à ce propos les études classiques de N. Fragistas, «La compétence internationale en droit privé», *Recueil des cours*, tome 104 (1961), p. 170; A. Miaja De La Muela, *loc. cit.*, p. 29 ss.; C. De Visscher, «Le déni de justice en droit international», *Recueil des cours*, tome 52 (1935), p. 363; ainsi que H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, tome II, LGDJ, 7^e édition, 1983, p. 463 n° 674-1; H. Gaudemet-Tallon, «Compétence internationale», *Rép. pr. civ. Dalloz*, 1998, p. 15, n° 62; P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat droit privé, 8^e édition, 2004, p. 205, n° 288.

476. La question se pose dès qu'un litige comporte un élément d'extranéité comme la nationalité étrangère ou le domicile étranger de l'une des parties, la localisation en territoire étranger ou national du bien, de l'acte ou du fait litigieux.

477. E. Bartin, *Principes de droit international privé*, Domat-Montchrestien, 1930, tome I, n° 124; J.-P. Niboyet, *Traité de droit international privé français*, Paris, Sirey, 1947, tome VI, vol. 1, n° 1724; H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, *op. cit.*, tome II, n° 668 ss; Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 441-2; P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 276.

double point de vue de la compétence d'attribution et de la compétence territoriale. Il s'agit là d'un problème dit de « compétence interne » ou de « compétence spéciale »⁴⁷⁸.

587. En règle générale, la détermination de la « compétence juridictionnelle internationale » peut s'opérer en premier lieu, lorsque la demande est formée directement auprès du juge étatique d'un Etat donné, la juridiction saisie appréciera sa propre compétence. Celle-ci est désignée, traditionnellement, sous le nom de « compétence directe ».

1. *Un accès fort limité*

588. Plusieurs exemples montrent comment l'accès à la justice de l'Etat d'origine n'est pas simple. Il suffit de rappeler le contentieux développé à partir de la catastrophe de Bhopal (a) et des règles empêchant la levée de l'écran sociétaire (b) permettant d'attaquer la société-mère si elle est impliquée dans la violation des droits de l'homme commis par sa filiale étrangère.

a) *Le forum non conveniens et la catastrophe du Bhopal*

589. Un type d'obstacle pernicieux pour les victimes des violations des droits de l'homme commises par une entreprise transnationale est présent dans l'ordre juridique de maints pays de *common law* à travers l'institution procédurale du *forum non conveniens*. Il s'agit du pouvoir discrétionnaire du juge de l'Etat requis (en pratique du juge des STN ayant leur siège aux Etats-Unis, Canada, Royaume-Uni ou autre pays de *common law*), de ne pas exercer sa compétence internationale (*adjudicatory jurisdiction*)⁴⁷⁹ à l'égard d'un litige qui relève pourtant de son pouvoir juridictionnel, dès lors qu'il estime qu'il serait plus opportun qu'il soit tranché par un for étranger.

590. C'est sur cette base que la justice américaine a refusé les plaintes contre l'entreprise transnationale *Union Carbide* (catastrophe de Bhopal, 1984) et contre *Chevron* (pollutions en Equateur, 1993).

478. E. Bartin, *op. cit.*, n° 119 ss; Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. et loc. cit.*; P. Mayer et V. Heuzé, *op. et loc. cit.*; J.-P. Niboyet, *op. cit.*, n° 1714 ss; H. Solus et R. Perrot, *op. et loc. cit.*

479. Voir A. Von Mehren, « Theory and Practice of Adjudicatory Authority in Private International Law: a Comparative Study of the Doctrine, Policies and Practices of Common- and Civil-Law Systems: General Course on Private International Law », *Recueil des cours*, tome 295 (2002), p. 9-431.

591. Dans la célèbre catastrophe du Bhopal en Inde⁴⁸⁰, l'action avait été intentée aux Etats-Unis contre la société de droit américain *Union Carbide* par les victimes d'un accident industriel survenu en Inde dans une usine de pesticides gérée par sa filiale indienne et dont les dommages ont été considérables au niveau tant sanitaire (plus de 2000 morts et 200 000 blessés) qu'environnemental. Estimant que le for des Etats-Unis n'était pas approprié pour statuer sur le dommage causé à l'étranger, par une société étrangère à des victimes étrangères, le juge américain s'est donc déclaré incompétent tout en demandant à la société-mère américaine de se soumettre à la juridiction des tribunaux indiens⁴⁸¹.

592. La Cour de justice de l'Union européenne a toujours rejeté – et pour cause ! – l'application de la doctrine du *forum non conveniens* dans l'Union européenne. Le Parlement européen, à son tour, a souligné que le règlement Bruxelles I oblige les tribunaux nationaux au sein de l'Union européenne à se déclarer compétents dans les cas où des violations des droits de l'homme sont commises à l'étranger, notamment dans les pays en développement où des multinationales européennes exercent leurs activités.

593. Et même en dépit du fait que le *forum non conveniens* a toujours été rejeté par les pays de *civil law* et, dans l'Union européenne, par le règlement Bruxelles I, désormais Bruxelles I *bis* ou refonte⁴⁸², il reste que l'on peut admettre de lier le pouvoir discrétionnaire du juge à l'objectif de la protection maximale des victimes des graves violations des droits de l'homme.

594. Ainsi, dans une affaire récente, une société multinationale anglaise était mise en cause par plusieurs milliers de demandeurs d'Afrique du Sud, des travailleurs ainsi que des conjoints et des enfants vivant à proximité des usines, qui se plaignaient de graves troubles de santé, voire de décès, dus à leur exposition à l'amiante⁴⁸³. Contrairement

480. A ce propos voir D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, op. cit., n° 1064, p. 459, note 4. Ch. Leben, *Entreprises multinationales et droit international économique*, op. cit., n° 9 ss. U. Baxi, «Mass Torts: Multinational Enterprises Liability and Private International Law», *Recueil des cours*, tome 276 (1999), p. 297.

481. M. Cutillo, R. Faugno et T. Scovazzi, *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente. Il caso dell'India*, Milan, Giuffrè, 2012.

482. Règlement UE n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), JOUE L 351, 20 décembre 2012, p. 1-32.

483. Chambre des Lords, 20 juillet 2000, *S.W.B. Lubbe c. Cape plc*, *Rev. crit. DIP* 2002, p. 690, note Ch. Chalas.

à la solution retenue aux Etats-Unis dans l'affaire du Bhopal, la *House of Lords* britannique a refusé de faire jouer la doctrine du *forum non conveniens* dans une affaire où la société-mère de droit anglais avait été atraite devant les juridictions anglaises par les quelque trois mille victimes (toutes sud-africaines et résidant en Afrique du Sud, sauf la veuve d'un ressortissant britannique) d'une exposition à l'amiante dans les mines et usines de traitement du minerai exploitées en Afrique du Sud par ses filiales locales⁴⁸⁴.

A vrai dire, le juge anglais était saisi ici du fondement de l'article 2 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, laquelle n'intègre pas du tout la doctrine du *forum non conveniens*. Cependant, en lisant l'arrêt anglais on peut avoir l'impression que le juge, même sans ladite Convention de Bruxelles, n'aurait pas fait jouer l'exception de *forum non conveniens*.

595. C'est pourquoi, la résolution n° 2/2012, de l'Association de droit international (ILA) fait état de cette évolution à l'article 2.5 de ses « Lignes directrices de Sofia sur les meilleures pratiques en matière d'actions civiles pour violation des droits de l'homme ».

Ici, on admet que « le tribunal peut, en vertu de la *lex fori*, et dans des circonstances exceptionnelles, surseoir à statuer au profit d'un tribunal situé dans un autre Etat », et dans l'alinéa suivant on précise qu'

« il ne peut être fait application de la règle énoncée au paragraphe 2.5 (1) que si : (a) le défendeur s'engage à se soumettre à la compétence du tribunal au profit duquel le tribunal saisi a sursis à statuer ; et (b) le tribunal en faveur duquel le tribunal saisi a sursis à statuer, se prononce dans un délai raisonnable et conformément aux principes fondamentaux d'accès à la justice »⁴⁸⁵.

484. En 2001, un accord est conclu entre les deux parties. Cape PLC accepte de verser 31,5 millions d'euros dans un fonds en faveur des victimes de l'amiante en Afrique du Sud.

485. Cf. la résolution de l'IDI de 2003, session de Bruges, à propos du « Recours à la doctrine du *forum non conveniens* et aux « anti-suit injunctions » : principes directeurs ». Au sens de l'article 2 de ladite résolution :

« Afin de déterminer si les juridictions d'un autre pays constituent clairement un for plus approprié, le tribunal saisi peut tenir compte en particulier : a) du caractère adéquat d'un for alternatif ; b) de la localisation des parties ; c) de la localisation des preuves (témoins et documents) et des procédures permettant de les obtenir ; d) du droit applicable aux questions en cause ; e) des délais de prescription applicables ; f) de l'effectivité et de la possibilité d'exécuter tout jugement au fond. »

b) *Le manque de régulation des groupes des sociétés et le « corporate veil »*

596. La manière dont la responsabilité juridique est répartie entre les membres d'un groupe de sociétés en vertu du droit civil et pénal permet d'éviter plus facilement des actions en justice dans l'Etat d'origine de l'entreprise.

597. En effet, lorsqu'on parle de STN, on songe à des groupes multinationaux, plus qu'à des sociétés *uti singuli*, même si ces groupes sont dépourvus en tant que tels de personnalité juridique⁴⁸⁶.

598. A l'exception du cas où l'activité dommageable est le fait d'une succursale d'une STN, par hypothèse dépourvue de personnalité juridique (donc sa responsabilité devrait être naturellement imputable à la société dont elle émane), lorsque l'activité dommageable est le fait d'une filiale à l'étranger, la question se pose de savoir s'il convient d'en percer le voile social pour impliquer la société-mère qui est souvent à l'origine du processus de décision et, surtout, elle est la seule en mesure de prévenir le dommage et à défaut, d'en assumer la responsabilité financière.

599. Si l'on admet pour un instant que la compétence juridictionnelle de l'Etat d'origine est fondée (et on verra par la suite ce que les Principes directeurs de l'ONU en disent), il n'en reste pas moins qu'en principe, le voile de la personnalité morale des filiales étrangères a vocation à rester intact. On a fait valoir à cet égard que l'admission d'une

« responsabilité purement structurelle sans faute saperait les assises du privilège de responsabilité, autrement dit de séparation des patrimoines, de la personne morale et ouvrirait grand la porte à toutes sortes d'abus, sonnait sans doute à terme le glas de la limitation des responsabilités des sociétés »⁴⁸⁷.

600. Autrement dit, la pratique de la majorité des Etats est encore celle de l'affaire *Barcelona Traction* devant la CIJ, c'est-à-dire celle de valider la thèse de la personnalité juridique séparée de chaque société partie d'un groupe multinational, tout en se réservant le pouvoir de lever le voile social (*piercing the corporate veil*), pour des questions très ponctuelles, comme lorsqu'il s'agit de faire payer des impôts à la société-mère grâce à la rédaction des comptes consolidés.

486. *Supra* paragraphe 9.

487. M. Bode, *op. cit.*, n° 401, p. 457.

601. Bref, aucun pays n'admet, en droit interne, un principe général de juridiction ou même de responsabilité – autre que fiscale, de la concurrence, voir chapitre I – de la société-mère du fait de la filiale⁴⁸⁸. Si un groupe de sociétés n'a pas de personnalité morale, il est quand même remarquable de constater que dans quelques pays, *i. e.* en France ou en Italie, lorsque la société-mère exerce, soit un contrôle exclusif ou conjoint, soit une influence notable sur les autres sociétés formant le groupe, il doit être dressé des comptes consolidés, donc leur réalité économique devient tangible aussi bien pour le juriste que pour le juge étatique.

602. Ainsi, il a été récemment constaté qu'

«[a]ux Etats-Unis, en raison de l'existence de lois sur la responsabilité limitée, les victimes sont confrontées à l'absence de responsabilité de la société-mère, alors même que l'Etat d'origine peut fonder sa compétence personnelle sur la société-mère, en ce qui concerne les actions de sa filiale»⁴⁸⁹.

De même au Canada,

«la responsabilité limitée de la société-mère est également l'un des principaux obstacles pour les victimes engageant des poursuites suite à des violations des droits de l'homme commises à l'étranger. La plupart des litiges contre des sociétés mères sont fondées sur la participation directe aux actions préjudiciables ou sur la «levée du voile social» qui est difficile à obtenir».

603. Toutefois, une marge de manœuvre supplémentaire commence à se définir dans certains pays. Ainsi, aux Pays-Bas, la justice peut agir quand un lien suffisamment étroit existe entre la plainte contre la société-mère et celle contre sa filiale à l'étranger. Ainsi, en 2013, un tribunal civil a condamné une filiale nigériane du groupe Shell pour des dégâts écologiques dus à la protection insuffisante de ses gazoducs.

604. C'est pourquoi les Etats et leurs juges devraient suivre la solution déjà envisagée par l'Institut de droit international dans la précitée résolution de Lisbonne en 1995. Ici, l'IDI avait indiqué que :

488. OCDE, Investissement international et entreprises multinationales. Responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales, 1980.

489. G. Skinner, R. McQuordale et O. De Schutter, *Le troisième pilier. L'accès à la justice dans le cadre des atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises multinationales*, p.18.

« En plus de toute autre compétence des juridictions d'un Etat à l'égard de personnes non établies sur son territoire, y compris la compétence qui dérive du lieu où un fait dommageable s'est produit ou du lieu où un contrat a été conclu ou n'a pas été exécuté, un Etat peut, lorsque l'obligation qui sert de base à l'action a sa source dans des activités conduites dans un Etat par une entreprise multinationale ou pour son compte, ou qui est étroitement liée à ces activités, prévoir la compétence de ses juridictions :

- (a) à l'égard d'une société-mère ou d'une entité de contrôle d'une entreprise multinationale
 - (i) en raison de la présence permanente sur son territoire d'une succursale ou d'un établissement comparable de l'entreprise multinationale ;
 - (ii) en raison de la présence permanente sur son territoire d'une filiale si étroitement liée à l'entreprise multinationale par une communauté de propriété, ou de contrôle, de personnel de direction ou d'activité que cette filiale peut être justement considérée comme un simple département ou un *alter ego* de l'entreprise multinationale ; ou
 - (iii) en raison de l'existence des circonstances qui pourraient justifier l'imputation de responsabilité de la société-mère ou de l'entité de contrôle en conformité avec le paragraphe 2 (a) ou (b) des présents Principes,
- (b) à l'égard d'un autre membre de l'entreprise multinationale en raison de l'existence des circonstances qui pourraient justifier l'imputation de responsabilité de cet autre membre en conformité avec le paragraphe 2 (c) des présents Principes. »

605. Dans le prochain paragraphe, avant de présenter quelques observations sur l'accès au juge au civil (3), on peut se demander si la justice pénale peut être envisagée de façon extraterritoriale (2), de l'Etat d'origine vers l'Etat hôte, car, soulignons-le, les graves violations des droits de l'homme sont, *ex natura rerum*, des crimes.

2. *De la compétence extraterritoriale des juges internes en matière pénale à la compétence universelle*

606. Parfois une STN dégage une activité criminelle produisant de graves violations des droits humains dans un ou plusieurs pays.

607. A la différence de la matière civile, en droit pénal il n'y a pas de conflits de lois car le droit pénal est par essence un droit public d'application, *ex natura rerum*, territoriale⁴⁹⁰. Il a pour premier objectif de permettre la répression des infractions commises sur le territoire national. En effet, c'est sur ce territoire que peuvent le plus souvent être rassemblées les preuves de l'infraction. C'est là que cette dernière porte généralement ses effets.

608. C'est là, comme l'a remarqué le président Guillaume – dans son opinion individuelle rendue dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)* – enfin « que la peine prononcée peut le plus naturellement servir d'exemple ». D'après cet auteur :

« [I]a question s'est cependant toujours posée de savoir si d'autres Etats que l'Etat territorial ont compétence concurrente pour engager des poursuites pénales contre les auteurs d'infractions. Un vaste débat s'est engagé à cet égard dès la constitution en Europe des grands Etats modernes. Certains auteurs, comme Covarruvias et Grotius, ont souligné que la présence sur le territoire d'un Etat d'un criminel étranger jouissant en paix du fruit de ses crimes n'était pas tolérable. Ils ont par la suite soutenu que les auteurs de certaines infractions particulièrement graves devaient pouvoir être poursuivis tant par l'Etat sur le territoire duquel le crime a été commis que dans le pays où ils ont tenté de trouver refuge. Ce pays serait tenu d'une obligation d'arrestation, suivie d'extradition ou de poursuite, selon la maxime *aut dedere aut judicare*. Ce courant doctrinal favorable à la répression universelle se heurta cependant à partir du XVIII^e siècle à un autre mouvement d'idée hostile à une telle répression, illustré notamment par Montesquieu, Voltaire et Jean-Jacques Rousseau. Leur pensée trouva sa traduction au plan pénal dans les ouvrages de Beccaria qui, dès 1764, soulignait que « les juges ne sont pas les vengeurs du genre humain en général ... Un crime ne peut être puni que dans le pays où il a été commis »⁴⁹¹.

490. Voir en général R. Quadri, *Diritto penale internazionale*, Padoue, Cedam, 1944 ; *Cassese's International Criminal Law*, 3^e éd., Oxford, OUP, 2013.

491. Opinion individuelle p. 37. On rajoute que : « La philosophie des lumières inspira le législateur révolutionnaire et le droit du XIX^e siècle. Certains en poussèrent même la logique jusqu'à son terme et Martens, en 1831, pouvait affirmer que « le pouvoir législatif [s'étend] sur toutes les personnes et sur tous les biens qui se trouvent dans l'Etat » et que « la loi ne s'étend point sur d'autres Etats ni sur leurs sujets. » (F. de Martens, *Précis du droit des gens modernes de l'Europe fondés sur les traités et l'usage*, 1831, vol. 1, paragraphes 85 et 86 (voir également par. 100). Un siècle plus tard, Max

609. La responsabilité pénale de la maison mère ou de ses dirigeants peut-elle être engagée, dans un Etat X, pour des actes commis au sein de ses succursales ou filiales à l'étranger? Si le principe est celui de la territorialité des lois et de la juridiction, la réponse de principe reste négative.

610. D'ailleurs, il n'y a même pas d'harmonisation des législations nationales concernant le principe de responsabilité pénale des sociétés commerciales⁴⁹². Alors que plusieurs pays reconnaissent ce principe en théorie⁴⁹³, d'autres pays, plus pragmatiques, le reconnaissent dans le cadre des infractions administratives⁴⁹⁴. Les questions juridiques dans ce domaine se développent autour du problème posé par le fait qu'une société-mère, par exemple dans un Etat en Europe est, *stricto sensu*, une personne morale différente par rapport à sa filiale qui exerce son activité à l'étranger, même si, dans la pratique, la première peut donner des instructions contraignantes à cette dernière. Par conséquent, la possibilité d'infliger des sanctions pénales à la société-mère qui pourrait être responsable *de facto* d'une violation des droits de l'homme peut varier considérablement entre les différents Etats voire être, dans la plupart des cas, impossible⁴⁹⁵.

Huber lui faisait écho en rappelant en 1928, dans la sentence de *L'île de Palmas* que l'Etat a «compétence exclusive ... en ce qui concerne son propre territoire ... Dans le droit classique, un Etat ne peut normalement connaître d'une infraction commise à l'étranger que si le délinquant, ou à la rigueur la victime, a la nationalité de cet Etat ou si le crime porte atteinte à sa sûreté intérieure ou extérieure. Les Etats demeurent d'ordinaire incompétents pour connaître d'infractions commises à l'étranger entre étrangers ... Les inconvénients d'une telle approche appaurent clairement au début du XX^e siècle en ce qui concerne le faux monnayage, et la Convention du 20 avril 1929 préparée au sein de la Société des Nations marqua sur ce point une certaine évolution. En effet, elle permit aux Etats d'étendre leur législation pénale aux infractions de faux monnayage concernant des monnaies étrangères. Elle ajouta que les étrangers qui ont commis à l'étranger l'une des infractions prévues par la Convention «et qui se trouvent sur le territoire d'un pays dont la législation interne admet comme règle générale le principe de la poursuite d'infraction commise à l'étranger doivent être punis de la même manière que si le fait avait été commis sur le territoire de ce pays».

492. Voir par exemple G. Stessen, «Corporate criminal liability. A comparative perspective», dans *JCLQ*, 1994, p. 493 ss; R. Roth, «La responsabilité pénale des personnes morales», dans *La responsabilité. Aspects nouveaux, I, Travaux de l'Association Henry Capitant*, 1999, p. 683 ss.

493. Par exemple l'Autriche, la Belgique, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, la France, l'Irlande, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la Roumanie et le Royaume-Uni (pour plus de détails, voir le rapport de la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme (FIDH) «Entreprises et violations des droits de l'homme – Un guide pratique sur les recours existants à l'intention des victimes et des ONG» (2012), p. 290 ss).

494. Par exemple l'Allemagne et l'Italie.

495. Ainsi, plusieurs conventions du Conseil de l'Europe – par exemple la Convention sur la cybercriminalité, à l'article 12, et la Convention pénale sur la corruption, à l'article 18, ont pris en compte la question de la responsabilité sociale des

611. Aujourd'hui, le principe de compétence universelle en matière pénale permet aux autorités nationales d'un Etat d'enquêter et de poursuivre des personnes accusées de crimes internationaux graves, commis en dehors de son territoire⁴⁹⁶. Ainsi, la règle de compétence universelle déroge au principe de territorialité du droit pénal en vertu duquel une personne est poursuivie et jugée par les autorités de l'Etat sur le territoire duquel l'infraction a été commise, conformément au droit en vigueur dans cet Etat.

612. L'Institut de droit international, dans sa résolution de Cracovie de 2005, a bien indiqué que :

«La compétence universelle en matière criminelle, en tant que titre additionnel de compétence, comprend la compétence d'un Etat de poursuivre tout suspect et de le punir s'il est reconnu coupable, indépendamment du lieu de la commission des crimes et sans avoir égard à un lien de nationalité active ou passive, ou à d'autres fondements de compétence reconnus par le droit international.»

Son fondement, comme le relève l'IDI, repose «en premier lieu sur le droit international coutumier», même si rien n'empêche que sa compétence soit établie «par un traité multilatéral dans les relations entre les Etats parties à ce traité, en particulier en vertu de clauses prévoyant qu'un Etat partie sur le territoire duquel un suspect est trouvé devra l'extrader ou le juger».

613. Il s'agit donc d'une compétence qui se différencie des autres critères traditionnels de compétence extraterritoriale (personnalité active, personnalité passive et compétence réelle, par exemple) par la diminution ou même la suppression de tout lien de rattachement avec l'Etat du for⁴⁹⁷.

entreprises en demandant aux Parties contractantes d'adopter une législation prévoyant que les entreprises puissent être tenues pour responsables des infractions pénales établies en vertu de ces traités.

496. A. Cassese, «Is the Bell Tolling for Universality? A Plea for a Sensible Notion of Universal Justice», *Journal of International Criminal Justice*, 2003, vol. 1, n° 3, p. 589-593 ; G. De La Pradelle, «La compétence universelle», dans H. Ascencio, E. Decaux et A. Pellet (dir. publ.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, p. 905 ss ; M. Bothe, «La juridiction universelle en matière de crimes de guerre – menace sérieuse contre les criminels?», dans *Droit du pouvoir, Pouvoir du droit, Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 833-854.

497. Voir par exemple G. Guillaume, «La compétence universelle, formes anciennes et nouvelles», dans *Mélanges Levasseur*, Paris, Litec, 1992, p. 37 ss ; A. Cassese et M. Delmas-Marty, *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002 ; G. de La Pradelle, «La compétence universelle», dans H. Ascencio, E. Decaux

614. C'est pourquoi, la compétence pénale universelle peut être exercée seulement en cas de crimes internationaux identifiés, quant au fond, par le droit international – et pas par le droit interne – comme relevant de cette compétence. Il s'agit, par exemple, des matières telles que le génocide, les crimes contre l'humanité, les violations graves des Conventions de Genève de 1949 sur la protection des victimes de guerre, ou d'autres violations sérieuses du droit international humanitaire commises durant un conflit armé international ou non international.

615. Concrètement, il faut la présence du suspect sur le territoire de l'Etat qui le poursuit, ou sa présence à bord d'un navire battant son pavillon ou encore d'un aéronef immatriculé conformément à sa législation⁴⁹⁸. Après, l'Etat détenant un suspect devrait, avant l'ouverture d'un procès fondé sur la compétence universelle, demander à l'Etat sur le territoire duquel le crime a été commis, ou à l'Etat de la nationalité de la personne concernée, s'il est disposé à poursuivre cette personne, selon l'adage *aut dedere aut iudicare*. Ça va sans dire que tout Etat poursuivant un suspect sur la base de la compétence universelle est, à son tour, tenu d'observer les standards généralement reconnus concernant les droits de l'homme.

616. Parallèlement à ces développements, la plupart des Etats européens ont reconnu le principe de compétence universelle à l'égard des crimes de guerre et des violations de droits de l'homme spécifiques, en ratifiant des traités internationaux tels que la Convention contre la torture⁴⁹⁹

et A. Pellet, *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, p. 905 ss (chap. 74); M. Henzlin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international, droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, Bâle, Helbing et Lichtenhahn, 2000, p. 419-422 ainsi que Ch. Bassiouni, «Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice», dans Bassiouni (dir. publ.), *International Criminal Law*, 3^e éd., Leiden, 2008, p. 153 ss. Pour une révision critique voir A. Lagerwall, «Que reste-t-il de la compétence universelle au regard de certaines évolutions législatives récentes?», *AFDI*, 2009, p. 743 ss; T. Ondo, «La compétence universelle en Afrique: essai d'analyse», *RDIDC*, 2011, p. 53 ss.

498. Voir aussi l'article 105 de la Convention de Montego Bay du 10 décembre 1982:

«Tout Etat peut, en haute mer ou en tout autre lieu ne relevant de la juridiction d'aucun Etat, saisir un navire ou un aéronef pirate ... et appréhender les personnes et saisir les biens se trouvant à bord. Les tribunaux de l'Etat qui a opéré la saisie peuvent se prononcer sur les peines à infliger.»

499. Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, à New York, le 10 décembre 1984, entrée en vigueur le 26 juin 1987. Ce traité oblige les Etats, d'une part, à l'adoption d'une législation incriminant les actes de torture et, d'autre part, établit la compétence universelle des tribunaux pour juger les auteurs de crimes de torture. L'article 5.2 de la Convention organise un mécanisme de compétence universelle, en ce que les Etats parties sont tenus d'établir leur compétence en droit interne à l'égard

ou les quatre Conventions de Genève⁵⁰⁰. En effet, les quatre Conventions de Genève obligent chaque Haute Partie Contractante à

«rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves, et ... à les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité. Elle pourra aussi, si elle le préfère, et selon les conditions prévues par sa propre législation, les remettre pour jugement à une autre Partie contractante intéressée à la poursuite, pour autant que cette Partie contractante ait retenu contre lesdites personnes des charges suffisantes»⁵⁰¹.

617. Le cadre juridique de *hard law* qui vient d'être esquissé, avec ses limites *ratione personae, loci, materiae* et *temporis*, mérite d'être complété par d'autres instruments internationaux – soient-ils de *soft law* – prévoyant des références à la compétence universelle. Par exemple, les Principes van Boven-Bassiouni sur le droit des victimes à réparation qu'on a évoqué *supra*, stipulent que «tout Etat prend les mesures voulues pour que les violations flagrantes des droits de l'homme et du droit international humanitaire constitutives de crimes au regard du droit international relèvent d'une compétence universelle»⁵⁰². A leur tour, les Principes Joinet-Orentlicher exigent que les Etats satisfassent à leur «obligation de prendre les mesures législatives ou autres de droit interne permettant de rendre effective la mise en œuvre de la clause de compétence universelle»⁵⁰³.

618. En dépit de ces efforts sur le plan interétatique, les Etats n'exercent généralement leur compétence universelle qu'à l'égard des crimes qui font l'objet de conventions spécifiques, et qui les obligent à exercer une telle compétence. Mais, aucun de ces textes n'envisage

du crime de torture, alors même que ce crime n'aurait aucun lien de rattachement direct avec ces Etats. La seule exigence dans ce cas consiste en la présence de l'auteur présumé du crime de torture sur le territoire de l'Etat partie. Ainsi, un Etat partie sur le territoire duquel est présent un auteur présumé de torture est mis devant une alternative, *aut dedere aut judicare* : soit il décide de l'extrader vers un Etat qui le demande pour le juger, soit il soumet l'affaire aux juridictions nationales compétentes afin qu'elles le jugent elles-mêmes.

500. En France, la loi n° 95-1 du 2 janvier 1995 et la loi n° 96-432 du 22 mai 1996 autorisent l'exercice de la compétence universelle pour les crimes internationaux commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda.

501. Convention de Genève I, article 49 ; Convention de Genève II, article 50 ; Convention de Genève III, article 129 ; Convention de Genève IV, article 146.

502. Principe n° 5.

503. Principe 21, *Mesures destinées à renforcer l'efficacité des clauses conventionnelles de compétence universelle*.

l'établissement d'une compétence juridictionnelle pour connaître d'infractions commises à l'étranger par des sociétés étrangères à l'encontre d'étrangers lorsque l'auteur de ces infractions ne se trouve pas sur le territoire de l'Etat intéressé.

619. Un exemple intéressant de compétence universelle en matière pénale et à l'encontre d'une entreprise transnationale se retrouve dans l'affaire Total tranchée en Belgique.

Au départ, la société *Total* a été poursuivie en justice pour crimes contre l'humanité et complicité de crimes contre l'humanité par quatre réfugiés birmans et pour des faits ayant eu lieu en Birmanie. Les quatre réfugiés birmans, invoquant la loi belge de compétence universelle, accusaient Total desdits crimes en affirmant que Total aurait apporté son soutien logistique et financier à la junte militaire birmane chargée de la protection de son gazoduc et responsable de tortures, de meurtres, d'arrestations arbitraires, de déplacements forcés de populations et de travail forcé massif.

620. Le Tribunal de grande instance de Bruxelles a donné suite à cette action sur la base de la loi belge de compétence universelle du 16 juin 1993, telle qu'amendée par la loi du 10 février 1999, qui prévoit que les juridictions belges sont compétentes pour connaître des crimes de génocide, des crimes contre l'humanité et des violations graves du droit international humanitaire, telles que définies dans les textes internationaux les régissant (*i.e.* le Statut de la CPI, Convention de 1948, les Conventions de Genève de 1949 et les deux protocoles additionnels de 1977), «indépendamment du lieu où celles-ci auront été commises» (art. 7). Les plaignants visaient la participation de la société Total à de graves violations des droits de l'homme commises par l'armée birmane lors de la construction du gazoduc de Yadana entre 1995 et 1998. Chacun des plaignants avait été victime d'actes de torture et de travail forcé.

621. Mais, entretemps, la loi belge de compétence universelle de 1993 fut remplacée par une loi du 5 août 2003 subordonnant le déclenchement de l'action publique à la condition d'un rattachement avec la Belgique. Une triste bataille judiciaire⁵⁰⁴ commença et la Cour de cassation belge posa une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage

504. Voir les références dans O. De Schutter, «Les affaires Total et Unocal : complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme», dans *AFDI*, 2006, p. 55-101 ; E. David, «La loi belge sur les crimes de guerre», *RBDI*, 1995, p. 668-684 ; P. d'Argent, «L'expérience belge de la compétence universelle : beaucoup de bruit pour rien», *RGDIP*, 2004, p. 597-632.

laquelle, le 13 avril 2005, déclarait inconstitutionnel l'article 29 de la loi de 2003 prévoyant la possibilité de poursuivre l'action en cours si au moins un des plaignants avait la nationalité belge lors de l'introduction de la plainte.

622. Dans une décision du 29 juin 2005, la Cour de cassation se fondant sur l'article 29, a conclu au dessaisissement des juridictions belges alors que, entretemps, saisie directement par les plaignants, la Cour d'arbitrage allait prononcer l'annulation de cet article dans une décision du 21 juin 2006.

623. Face à ces jugements contradictoires, le ministère public, sur injonction du ministre de la Justice, a fait une demande de rétractation devant la Cour de cassation car en l'espèce, les plaignants n'avaient pas la nationalité belge, mais l'un d'entre eux avait la qualité de réfugié politique en Belgique. Or, constitue une violation de la Constitution belge et de l'article 16 de la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés, toute discrimination quant à l'accès à la justice.

624. En avril 2007, le ministre de la Justice a usé une nouvelle fois de son pouvoir d'injonction, l'affaire Total a ainsi été portée devant la Chambre des mises en accusation. La société Total a invoqué l'autorité de la chose jugée de la première décision de la Cour de cassation. Mais les demandeurs rejetaient cette autorité puisque le fondement sur lequel la décision avait été prise, la loi de 2003, avait été annulée par la Cour d'arbitrage.

625. Dans une décision du 5 mars 2008, la Chambre des mises en accusation a donné raison à la société Total et a rejeté l'injonction du ministre de la Justice ainsi que les questions préjudicielles posées par les plaignants à la Cour d'arbitrage. Le 18 mars 2008, les demandeurs birmans ont introduit un pourvoi devant la Cour de cassation contre la décision du 5 mars 2008. Le 29 octobre 2008, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi. Par conséquent, l'affaire a été close⁵⁰⁵.

626. Une autre affaire célèbre concerne des poursuites juridiques contre la société Trafigura suite au déversement de déchets toxiques à Abidjan, en Côte d'Ivoire, en 2006.

627. Le 19 août 2006, le navire *Probo Koala* a déversé des déchets sur plusieurs sites en plein air autour d'Abidjan en Côte d'Ivoire. Le navire était affrété par le bureau de Londres de Trafigura, une compagnie hollandaise spécialisée dans le négoce du pétrole. Le *Probo Koala* avait

505. Cour cass. belge, 29 octobre 2008, *A. M. Z et al. c. Total et al.*, n. P.08.0547.F. Voir <http://www.business-humanrights.org>.

d'abord essayé de décharger les déchets dans le port d'Amsterdam, mais les services du port avaient refusé de les accepter sans frais de manutention supplémentaires à cause de leur degré supposé de toxicité. Le navire avait alors quitté le port d'Amsterdam sans les avoir déchargés. Après le déversement des déchets à Abidjan, les résidents des sites pollués avoisinants ont commencé à souffrir de diverses pathologies (nausées, diarrhées, vomissements, difficultés respiratoires, maux de tête, lésions cutanées et troubles digestifs). Seize personnes seraient décédées et plus de cent mille ont dû consulter les services médicaux suite à l'exposition aux déchets.

Trafigura a fait l'objet de plusieurs procédures judiciaires.

628. Le 12 février 2007, le gouvernement de la Côte d'Ivoire a signé un accord à l'amiable avec Trafigura, qui s'est engagé à verser 198 millions de dollars américains au gouvernement ivoirien pour la constitution d'un fonds de compensation, la construction d'une usine de traitement des déchets et pour soutenir les opérations de réhabilitation des sites en échange de l'abandon de toute poursuite ou réclamation, maintenant ou à l'avenir, contre Trafigura.

Pendant, la compagnie a tenu à souligner que ce paiement n'était pas des « dommages » et qu'il ne reconnaissait pas sa responsabilité. La Côte d'Ivoire a accepté d'abandonner toute poursuite ou réclamation contre Trafigura, maintenant ou à l'avenir. Après la signature de cet accord à l'amiable, les cadres de Trafigura ainsi que le représentant de Puma Energy ont été libérés.

629. En novembre 2006, la Haute Cour de justice de Londres a accepté d'examiner une plainte collective déposée par près de trois cent mille victimes ivoiriennes contre Trafigura pour le déversement des déchets toxiques. Les plaignants ont soutenu que les déchets avaient un niveau élevé de soude caustique ainsi qu'un composé de sulfure et de sulfure d'hydrogène, ce qui les classait dans la catégorie des déchets dangereux tels que définis par la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination. *Trafigura* nia la toxicité des déchets et soutint qu'il s'agissait de déchets standards résultant d'une opération à bord du navire (« *slops* » tels que définis par la Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires). Selon la plainte, Trafigura aurait transporté les produits chimiques non traités en Côte d'Ivoire tout en sachant qu'il n'y avait pas dans ce pays d'installations nécessaires pour les traiter.

630. En conclusion, par le biais d'un arrangement (en Grande-Bretagne) avec les personnes concernées, les autorités anglaises ont

suspendu toutes les démarches de droit civil et, peu après, également l'enquête pénale, soi-disant faute de preuves.

631. Entretemps, en février 2008, le bureau du procureur des Pays-Bas a exprimé son intention d'entamer des poursuites pénales contre Trafigura, pour entre autres, sa part de responsabilité supposée dans le déversement des déchets en Côte d'Ivoire. En juin 2008, un tribunal d'Amsterdam a commencé l'examen des preuves dans cette affaire. Le procès a débuté en juin 2010. Le procureur hollandais a accusé Trafigura d'avoir illégalement exporté des produits dangereux en Côte d'Ivoire. Il était reproché à la compagnie d'avoir violé la législation hollandaise sur l'exportation et l'environnement ainsi que la falsification de documents. Trafigura rejeta ces accusations.

En juillet 2010, le tribunal jugea que la compagnie avait dissimulé la dangerosité des déchets et lui imposa une amende d'un million d'euros. Le tribunal a également condamné un employé de Trafigura et le capitaine ukrainien du *Probo Koala* pour leurs rôles respectifs dans cette affaire.

632. La compagnie a fait appel de cette décision, mais son appel a été rejeté en décembre 2011. Il reste que le ministère public néerlandais n'a pas poursuivi la compagnie suite à cette condamnation pour les conséquences du déversement des déchets en Côte d'Ivoire parce qu'il considère qu'il n'a pas compétence pour poursuivre Trafigura pour un crime commis en Afrique. Greenpeace a fait appel de cette décision mais la Cour d'appel de La Haye a confirmé en avril 2011 que le procureur n'était pas tenu de poursuivre l'entreprise.

633. En novembre 2012, l'affaire a été close par la justice hollandaise suite à un accord à l'amiable signé par Trafigura qui s'engage à payer une amende de 67 000 euros en échange de l'arrêt de toute la procédure⁵⁰⁶.

634. Conscients de ce problème, de plus en plus d'Etats se dotent aujourd'hui d'une législation permettant de poursuivre directement les personnes morales au même titre que les personnes physiques sur le plan pénal. Dans les Etats qui ont décidé de franchir ce cap, une STN peut être poursuivie et condamnée au plan national pour sa participation à un crime international. Comme c'est le cas pour les individus, il n'est par ailleurs pas nécessaire que la STN soit l'auteur principal d'un crime pour être incriminée. Il suffit qu'elle y ait participé de manière substantielle. Elle peut donc être incriminée pour un crime qu'elle n'a pas directement commis si elle l'a instigué, ordonné, planifié,

506. Voir toutes les références sur <http://www.business-humanrights.org>.

commandité, etc. Il appartient au droit national de chaque pays de déterminer à partir de quel seuil une participation peut être considérée comme suffisamment importante pour engager la responsabilité pénale d'une entreprise.

635. Le défi reste toutefois celui des règles de compétence, qui sont les règles permettant l'accès à la justice pour les victimes. Les tribunaux pénaux d'un Etat sont en général habilités à connaître du fait d'une entreprise lorsque celui-ci a été commis sur son territoire (principe de territorialité), quand il a été commis par l'un de ses ressortissants (principe de personnalité active) ou contre l'un de ses ressortissants (principe de personnalité passive). Autrement, pour faire jouer le principe de compétence universelle il faut que la législation nationale autorise les tribunaux d'un Etat à connaître des crimes qui constituent une menace pour la communauté internationale dans son ensemble, indépendamment des titres de juridiction susmentionnés.

636. Il reste que, à la différence des actions civiles, la mise en œuvre de l'action pénale incombe au ministère public. Si la *lex fori* l'enjoint d'agir d'office, dès l'instant où des soupçons d'infraction existent, l'expérience montre cependant que les procureurs n'ont pas toujours la volonté ou les moyens matériels d'agir, notamment dans des situations délicates comme celles concernant des violations des droits humains au plan international. D'ailleurs, les sanctions pénales et les sanctions civiles restent très différentes⁵⁰⁷.

637. C'est pourquoi, *de iure condendo*, l'idée de permettre des actions de groupe, des *class actions* en matière pénale, pourrait permettre aux ONG de protéger les droits des victimes les plus faibles dans la poursuite d'un certain nombre d'infractions pénales : discrimination raciale, génocides et crimes contre l'humanité, crimes de guerre,

507. Voir S. Tully, «Process and Procedure», *International Corporate Legal Responsibility*, *op. cit.*, p. 153 ss :

«The criminal law classically addressed public wrong whereas the civil law seeks to compensate victims for private wrongs. Civil liability may prevent the wrongdoing intended to be deterred by corporate criminal liability without the undesirable features of criminal liability. The traditional functions of criminal law are: (i) retribution, otherwise known as just punishment or "just deserts". Punishment is related to the harm caused by the conduct and the severity of the offence committed (principle of proportionality); (ii) deterrence. Punishment seeks to discourage wrongful conduct by the defendant (specific deterrence) and others (general deterrence); (iii) incapacitation to prevent re-offending; (iv) rehabilitation.»

Voir aussi V. Khanna, «Corporate Criminal Liability: What Purpose Does it Serve?», *Harvard L. Rev.*, 1996, p. 1532 ss.

corruption, contamination d'eau potable, dommages à l'environnement. Il appartient au législateur pénal de s'en occuper et les exemples de ce type d'institution juridique du procès n'apparaissent pas à l'horizon.

638. Si le ministère public refuse d'agir en justice pénale, il revient donc à la personne directement lésée de saisir la justice avec une stratégie différente. Elle peut par exemple s'adresser au juge civil.

3. De la compétence extraterritoriale des juges internes en matière de responsabilité civile

639. Lorsqu'un dommage est la conséquence d'une violation des droits de l'homme, on peut se demander si l'admission d'une action au civil (seule ou en cumul avec l'action pénale dans les systèmes juridiques nationaux où cela est admis) ne peut pas contribuer efficacement à leur éradication.

640. C'est ici que le droit international privé devient crucial comme science de la justice transnationale⁵⁰⁸ et comme outil de protection des droits de l'homme. Mais il y a aussi des limites inévitables, dues au problème central de la matière objet du présent cours : le manque de régulation uniforme des groupes de sociétés au niveau étatique – du moins pour la grande majorité des Etats – (et bien entendu au niveau interétatique) ainsi que – et surtout ! – des règles multilatérales de coopération judiciaire internationale pour l'entraide judiciaire et la répression des violations des droits de l'homme commises par les entreprises transnationales.

641. Il reste que, si les actions civiles sont qualifiées d'actions délictuelles, ce sont les règles classiques de compétence en matière délictuelle qui vont jouer.

642. Dans ce cadre, nous nous bornerons à examiner trois systèmes juridiques : les Etats-Unis, l'Union européenne avec la Suisse. Au-delà de considérations pratiques liées à l'impossibilité d'être exhaustif, ce choix s'explique essentiellement pour trois raisons : *a)* les maisons mères d'entreprises multinationales sont fréquemment implantées sur ces territoires ; *b)* depuis une décennie, les procédures judiciaires ont augmenté dans ces pays d'origine des multinationales, introduites par des victimes soucieuses de voir leurs dommages reconnus et indemnisés et ; *c)* ces systèmes législatifs ont développé, davantage

508. Voir par exemple K. Boele-Woelki, «Unifying and Harmonizing Substantive Law and the Role of Conflict of Laws», *Recueil des cours*, tome 340 (2009), p. 271 ss.

que d'autres, des procédures particulières permettant d'imputer une responsabilité civile aux personnes morales pour leurs actes commis à l'étranger.

a) *L'exemple de l'Alien Torts Claims Act (ATCA) aux Etats-Unis et sa nature d'acte unilatéral*

643. Dans le cas des Etats-Unis, c'est le droit interne qui permet au juge fédéral de connaître des violations du droit international commises par des étrangers voire par des Etats eux-mêmes : c'est ainsi que, dès 1789, le Congrès des Etats-Unis adopte une loi (l'*Alien Tort Claims Act*, ATCA, qui deviendra l'*Alien Torts Statute*, ATS) donnant compétence « universelle » aux cours fédérales pour connaître d'actions civiles fondées sur des violations du « *Law of Nations* »⁵⁰⁹.

644. Dans les années 1990, de nombreuses plaintes ont été déposées en vertu de cette loi contre des sociétés transnationales⁵¹⁰. Or, précisément dans le cadre de l'ATCA, on retrouve des poursuites civiles engagées par des citoyens étrangers à l'encontre des auteurs présumés de violations graves de droits de l'homme afin d'aboutir à l'attribution de réparations aux victimes. Dans ces cas, les cours fédérales n'exigent pas que l'infraction ait été commise aux Etats-Unis ou que l'accusé comme la victime soit un citoyen américain.

Aux Etats-Unis, la plupart des procédures qui concernent des violations graves de droits de l'homme sont menées en vertu de l'ATCA, soit contre des individus, soit contre des entreprises présumées complices des violations, et des indemnisations sont versées aux victimes. Il faut donc souligner qu'il s'agit uniquement de plaintes civiles, c'est-à-dire que seules des indemnisations sont possibles en cas de condamnation.

645. En 1991, le Congrès américain a édicté le *Torture Victim Protection Act* (TVPA – la Loi de protection des victimes de torture), en complément de l'ATCA. Le TVPA permet aux ressortissants américains ou étrangers d'introduire devant les juridictions fédérales des Etats-Unis une action civile en réparation à l'encontre des auteurs de tortures

509. *Alien Tort Claims Act*, « The district courts shall have jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States », 28 USC, Section 1350.

510. Pour un bilan des affaires c. Goldhaber, « Corporate Human Rights Litigation in Non-U.S. Courts : A Comparative Scorecard », *UC Irvine Law Review*, 2013, p. 137-149.

ou d'exécutions extrajudiciaires y compris pour des actes en dehors du territoire américain⁵¹¹.

646. Dans la mesure où les procès menés en vertu de l'ATCA sont des procès civils, les victimes peuvent déclencher l'action judiciaire elles-mêmes, et n'ont pas besoin pour cela d'obtenir l'accord du Procureur général comme en droit pénal. En outre, les actions civiles sont généralement moins onéreuses en termes de procédure et de preuve que les actions pénales. Ainsi, l'exercice de la compétence civile universelle en vertu de l'ATCA constitue un outil pratique pour les victimes.

647. Depuis les années 1980, des activistes des droits de l'homme ont eu recours à l'ATCA pour poursuivre des violations des droits de l'homme commises par des citoyens non américains dans d'autres pays. Au départ, l'ATCA ne s'appliquait que dans des hypothèses mettant en cause des violations de droits de l'homme commises par des personnes physiques agissant sous le couvert de la loi, tel un agent public comme dans le « grand arrêt » *Filártiga c. Peña-Irala*.

648. Ainsi, en 1984 la Cour fédérale d'appel du deuxième district rendit une décision dans l'affaire *Filártiga c. Peña-Irala*⁵¹². Ici le plaignant et le défendeur étaient citoyens du Paraguay. Le Dr Filártiga, ressortissant paraguayen, était un opposant au régime dictatorial du général Stroessner. Son fils de dix-sept ans fut enlevé, torturé et assassiné au Paraguay par la police paraguayenne. Avec le soutien d'une organisation américaine de défense des droits de l'homme, la famille Filártiga engagea en 1979 une action devant les juridictions fédérales américaines pour faire reconnaître, sur le plan civil, la responsabilité d'un ancien responsable de la police paraguayenne, un certain Peña-Irala, dans la torture et l'assassinat de leur fils. Le défendeur (policier)

511. Voir B. Stephens, «Corporate Accountability: International Human Rights Litigation Against Corporations in US Courts», dans M. T. Kamminga et S. Zia-Zarifi (dir. publ.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, Kluwer Law International, 2000, p. 210; H. Muir Watt, «Aspects économiques du droit international privé», précité, p. 306 ss, paragraphe 250 ss; *Wiwa c. Royal Dutch Petroleum Co*, F.Supp.2d, 2002 WL 319887 (SDNY, 2002).

512. *Filártiga c. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980), ILM, 1980, p. 966. Cf., Moulrier, «Observations sur l'*Alien Tort Claims Act* et ses implications internationales», *AFDI*, 2003, p. 129-164; Swan, «International Human Rights Tort Claims and the Experience of United States Courts: An Introduction to the US Case Law, Key Statutes and Doctrines», *Torture as Tort*, Oxford, 2001, p. 65-107; Terry, «Taking Filártiga on the Road: Why Court Outside the United States Should Accept Jurisdiction Over Actions Involving Torture Committed Abroad», *ivi*, p. 109-132; L. Damrosch, «Enforcing International Law Through Non-Forcible Measures», *Recueil des cours*, tome 269 (1997), p. 155-193.

se trouve un jour sur le sol américain avec un visa de touriste et il va subir un procès dans lequel la victime l'accusait d'actes de torture sur lui-même et d'autres membres de sa famille. Les Filártiga, qui n'avaient pu obtenir justice au Paraguay (le *locus delicti*), eurent recours à l'ATCA pour fonder leur action. En mai 1980, le département d'Etat déposa un *amicus curiae* en faveur de la compétence des juridictions américaines – on était alors sous la présidence de Jimmy Carter, qui cherchait à réorienter la politique étrangère des Etats-Unis, notamment sur la question des droits de l'homme.

La Cour d'appel fédérale du 2^e circuit accueillit la demande de la famille Filártiga, en fondant notamment sa compétence sur l'ATS. Elle interpréta l'ATCA comme accordant aux citoyens étrangers, victimes de violations de droits de l'homme commises à l'étranger, le droit d'engager une action civile à l'encontre des responsables présumés des violations, à la condition que ceux-ci se trouvent sur le territoire américain. La Cour déclara que :

«La torture délibérée commise sous couvert d'une autorité officielle viole les normes universelles du droit international des droits de l'homme, quelle que soit la nationalité des parties. Dès lors, lorsqu'une personne présumée responsable de torture est retrouvée et poursuivie par un étranger à l'intérieur de nos frontières, la section 1350 (ATCA) donne compétence fédérale.»⁵¹³

Sur renvoi de l'affaire devant les premiers juges, Peña fut condamné par défaut à dix millions de dollars de dommages et intérêts. Bien que l'affaire ne soit jamais remontée devant la Cour suprême, elle a été saluée comme une décision majeure par les défenseurs des droits de l'homme et par la doctrine⁵¹⁴.

649. En effet, la juridiction fédérale s'est reconnue compétente pour un contentieux opposant des ressortissants paraguayens au sujet de faits de torture intervenus au Paraguay pendant la dictature. A la suite de cette décision, de nombreuses actions en responsabilité ont été

513. Notre traduction. Le texte original dit «Deliberate torture perpetrated under color of official authority violates universally accepted norms of the international law of human rights, regardless of the nationality of the parties. Thus, whenever an alleged torturer is found and served with process by an alien within our border, Section 1350 (ATCA) provides Federal jurisdiction». *Ivi*, p. 878.

514. B. Stephens, «Translating Filártiga: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies for International Human Rights Violations», *Yale Journal of International Law*, 27, 2002, p. 1-57.

engagées aux Etats-Unis par des étrangers pour faire constater et réparer de graves violations des droits de l'homme.

650. Ainsi, dans l'affaire *Sosa c. Alvarez-Machain*, qui concernait l'enlèvement d'une victime de nationalité mexicaine, la Cour suprême américaine a reconnu et établi la possibilité pour les victimes de violations de droits de l'homme de porter plainte devant les cours américaines en vertu de l'ATCA. La Cour a déclaré que, pour que l'ATCA puisse s'appliquer, les normes de droits de l'homme qui ont été violées devaient être « spécifiques, universelles et obligatoires »⁵¹⁵.

651. Encore, dans une autre affaire, *Kadic c. Karadzic*⁵¹⁶, la Cour a étendu le champ d'application de l'ATCA aux violations commises par des personnes physiques agissant en dehors de toute qualité officielle.

652. A tort ou à raison, la Cour a fait naître l'espoir – et, chez certains, la crainte – d'une compétence universelle des juridictions américaines en matière de réparation civile des atteintes graves aux droits de l'homme commises par quiconque et n'importe où dans le monde⁵¹⁷. Au début, des actions ont été engagées contre divers responsables politiques étrangers ou leurs ayants droit (la famille de l'ex-dirigeant philippin Marcos, par exemple, ou l'ancien dirigeant libérien Charles Taylor).

653. Ensuite on a assisté à l'application, à grande échelle, de l'ATCA à des actions en responsabilité civile introduites sur le territoire américain à l'encontre d'entreprises multinationales pour violation des droits de l'homme commises à l'étranger.

654. Suite à l'affaire *Sosa*, de nombreuses victimes étrangères saisissent les juridictions américaines pour obtenir réparation des dommages subis à la suite d'une violation des droits de l'homme par une entreprise multinationale dans le cadre de ses activités à l'étranger, qu'elle ait agi en tant qu'auteur ou en tant que complice du gouvernement de l'Etat hôte de l'investissement. Parmi celles-ci on retrouve des entreprises dont le siège social est situé aux Etats-Unis – Chevron Texaco, Wal-Mart, ExxonMobil, Shell Oil, Coca-Cola, Southern Peru Copper, Pfizer, Ford, Del Monte, Chiquita, Firestone, Union Carbide, Gap, Nike, Citigroup, IBM, et General Motors – et d'autres au Royaume-Uni, en Australie ou au Canada – Rio Tinto, Barclays Bank et Talisman Energy.

515. *Sosa c. Alvarez-Machain*, 124 S. Ct. 2739 (2004), 331 F.3d à 612.

516. Arrêt du 13 octobre 1995, 70 F.3d 232 (2nd Cir. 1995).

517. O. De Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruylant, Bruxelles, 1999. Cf. K. Gallagher, « Civil Litigation & Transnational Business: An Alien Tort Statute Primer », *Journal of International Criminal Justice* (2010), p. 1-23.

655. Pour prendre un exemple célèbre, il suffit d'évoquer l'affaire *Unocal*.

Ici, un consortium d'entreprises pétrolières, parmi lesquelles Unocal – entreprise reprise en juillet 2005 par ChevronTexaco (californienne), et Total (française) exploitait, depuis 1992, le gisement gazier de Yadana en *joint-venture* avec la Myanmar Oil and Gaz Enterprise, une entreprise pétrolière birmane contrôlée intégralement par le *State Law and Order Restoration Council*, à savoir le farouche gouvernement de la junte birmane. Le gazoduc transporte le gaz naturel puisé dans la mer d'Andaman vers la Thaïlande et il traverse la région du Tenasserim en Birmanie.

Au milieu des années 1990, Unocal et sa filiale locale sont accusées d'avoir bénéficié du travail forcé (comprenant des assassinats et viols) des villageois lors de la construction dudit gazoduc en Birmanie. Elles sont poursuivies aux Etats-Unis par la Fédération syndicale de Birmanie, la Coalition nationale du gouvernement de l'Union birmane et quatre villageois birmans, sur le fondement de l'*Alien Tort Claims Act* pour complicité de travail forcé, meurtre et viol.

656. La Cour d'appel du 9^e Circuit s'est interrogée sur la question de savoir comment déterminer la responsabilité d'Unocal si une violation du droit international était établie. Devait-elle être déterminée selon des principes tirés de la jurisprudence fédérale ou de la jurisprudence internationale, y compris de Nuremberg et des tribunaux pénaux internationaux ? Un juge estima alors que s'appuyer sur les standards « nouveaux et évolutifs » du droit international pouvait entraîner le chaos et opta plutôt en faveur des standards « bien rodés » du droit fédéral⁵¹⁸. Cependant, l'affaire se termine par une transaction financière⁵¹⁹.

657. Donc, finalement on peut apprécier que l'extraterritorialité ici, n'est pas au niveau de la compétence d'édition, mais plutôt au niveau de la compétence de juridiction (et d'exécution, *jurisdiction to enforce*), c'est-à-dire seulement au niveau de la compétence internationale directe

518. N. Norberg, « Entreprises multinationales et lois extraterritoriales : l'interaction entre le droit américain et le droit international », *Rev. sc. crim.*, 2005 p. 739 ; O. de Schutter, « Les affaires Total et Unocal : complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme », *AFDI*, 2006, vol. 52, p. 55.

519. Cf. De Schutter, *op. cit.*, *AFDI*, 2006, p. 61-64. Dans une procédure parallèle, en France devant le Tribunal de grande instance de Nanterre en 2002, une transaction a été conclue avec Total, prévoyant une indemnité pour chaque victime en échange du désistement de sa plainte et la création d'un fonds de solidarité en prévision des plaintes à venir et du financement d'actions humanitaires dans la région concernée de la Birmanie (*ibid.*, p. 69-71).

du juge interne, comme le relève la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Kiobel*:

«The ATS is strictly jurisdictional. It does not directly regulate conduct or afford relief. It instead allows Federal Courts to recognize certain causes of action based on sufficiently definite norms of International Law.»⁵²⁰

658. Dans une autre affaire, *Wiwa c. Royal Dutch*, la Cour d'appel du 2^e circuit a admis la compétence du juge fédéral américain pour une demande fondée sur l'ATS⁵²¹, ce qui, encore une fois, a porté à régler l'affaire «à l'amiable» en 2009.

659. A son tour, l'entreprise pharmaceutique Pfizer a été attaquée en justice aux Etats-Unis dans une affaire *Abdullah c. Pfizer*. Ici, la même Cour a admis l'action des parents des enfants morts ou gravement handicapés après avoir été sélectionnés par des chercheurs de l'entreprise pharmaceutique afin de tester un antibiotique non encore autorisé. La Cour a décidé que, s'agissant de la violation des règles de droit international prohibant l'expérimentation médicale sur des êtres humains sans leur consentement, l'ATS était applicable. Encore une fois, le litige s'est terminé par une transaction conclue en 2011⁵²².

660. Cependant, après en avoir précisé et limité la portée en 2004 dans l'affaire *Sosa c. Alvarez-Machain*⁵²³, la Cour suprême en réduit à nouveau le champ d'application dans son arrêt *Kiobel* de 2013.

661. Dans l'affaire *Kiobel c. Royal Dutch Shell Petroleum Co.*, la Cour suprême des Etats-Unis a, dans sa décision du 17 avril 2013⁵²⁴, affirmé l'incompétence du juge fédéral pour se prononcer, en application de l'ATS, sur des faits qui ne présentent qu'un *rattachement très ténu, voire inexistant avec les Etats-Unis*. Elle juge que l'ATCA n'a pas, en

520. *Kiobel* et al. c. *Royal Dutch Petroleum co.* et al., 17 avril 2013, p. 5. C'est nous qui soulignons.

521. 226 F.3d 88 (2nd Cir. 2000).

522. Cf. A. Bucher, Rapport à l'IDI, «La compétence universelle civile en matière de réparation pour crimes internationaux – Rapport», dans http://www.justitiaetpace.org/idiF/annuaireF/2015/IDI_1_2015-06-30_Rapport.pdf, paragraphe 22.

523. 542 US 692 (2004). Cf. N. Vora, «Federal Common Law and Alien Tort Statute Litigation: Why Federal Common Law Can (and Should) Provide Aiding and Abetting Liability», *Harvard International Law Journal*, 50, 2009, p. 195-229.

524. 133 S.Ct. 1659 (2013). Cf. I. Wuerth, «*Kiobel c. Royal Dutch Petroleum Co.*, The Supreme Court and the Alien Tort Statute», *AJIL*, 107, 2013, p. 601-621; H. Muir Watt, «L'Alien Tort Statute devant la Cour suprême des Etats-Unis; Territorialité, diplomatie judiciaire ou économie politique», *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 595; N. Boschiero, «Corporate Responsibility in Transnational Human Rights Cases, The U.S. Supreme Court Decision in *Kiobel c. Royal Dutch Petroleum*», *Rev. dr. int. priv. proc.*, 2013, p. 249-292.

principe, à s'appliquer à des violations commises sur le territoire d'un autre Etat souverain que les Etats-Unis et réduit à peu près à néant la portée extraterritoriale du texte du moins pour ce qui concerne les personnes morales privées et étrangères, c'est-à-dire les STN⁵²⁵.

662. L'affaire concerne un groupe de requérants nigériens qui allèguent que la partie citée a conspiré et facilité (*aiding and abetting*) des exécutions extrajudiciaires, des tortures et des crimes contre l'humanité commis par le gouvernement nigérien pendant les années 1990. Esther Kiobel est l'épouse de Barinem Kiobel, qui étant très impliqué dans la dénonciation de la catastrophe environnementale causée par les activités extractives de Shell dans la région du delta du Niger, avait été détenu arbitrairement, puis condamné de manière expéditive à la peine de mort et rapidement exécuté.

663. M^{me} Kiobel, de nationalité nigérienne, donc, porta plainte aux Etats-Unis contre la filiale au Nigeria de la compagnie anglo-néerlandaise Shell, soit la compagnie de développement pétrolier de Shell au Nigeria Ltd (*Shell Petroleum Development Company*, SPDC) avec des autres membres du Mouvement pour la survie du peuple Ogoni (MOSOP). Par une demande collective (*class action*) présentée par les pétitionnaires devant la Cour du second district de New York, ils ont allégué, sur le fondement de l'ATCA, que les forces armées nigériennes, avec la collaboration du SPDC, avaient attaqué des membres de la population Ogoni, et les avaient expropriés. La complicité supposée du SPDC aurait consisté à fournir des transports aux forces nigériennes, à permettre l'utilisation de leur propriété comme base de lancement des attaques et à fournir en alimentation et compensation les soldats impliqués dans les attaques. Sur la base de ces faits, les pétitionnaires ont estimé que l'entreprise s'est rendue complice de torture, d'exécution extrajudiciaire et d'autres violations de droit international.

664. A la suite d'une longue bataille judiciaire, la Cour suprême des Etats-Unis a soutenu que la présomption contre l'application

525. La Cour suprême confirme ainsi l'arrêt de la Cour d'appel fédérale du 2^e circuit, rendu le 17 septembre 2010, 621 F.3rd 111 (2nd Cir. 2010), *ILM*, 2010, p. 1512, *Rev. crit. dipr.*, 2010, p. 761. Il est intéressant de noter, toutefois, que d'autres tribunaux fédéraux n'ont pas suivi l'approche de la Cour d'appel du 2^e circuit dans l'affaire *Kiobel*: cf. J. Crook, «Contemporary Practice of the United States Relating to International Law», *AJIL*, 105, 2011, p. 775-818; à propos des arrêts *Doe c. Exxon Mobil* et *Boimah Flomo c. Firestone*, résumés par H. Muir Watt dans *Rev. crit. dipr.*, 2011, p. 898-902. Cf. L. Weinberg, «What we Don't Talk about When we Talk about Extraterritoriality: *Kiobel* and the Conflict of Laws», *Cornell Law Review*, 2014, p. 1471-1531.

extraterritoriale du droit des Etats-Unis⁵²⁶ s'applique à l'ATS, et ce malgré son simple statut juridictionnel. Peu importe si la Cour suprême a, toutefois, laissé la porte ouverte à la possibilité que des plaintes qui «touchent au territoire des Etats-Unis, et le concernent, ... de manière suffisante» puissent réfuter la présomption contre l'application extraterritoriale de l'ATS. Plusieurs affaires ont été rejetées à partir de la décision *Kiobel*⁵²⁷ et les recours à venir fondés sur l'ATS comme la forte présence d'entreprises transnationales aux Etats-Unis dépendent de l'interprétation à donner à une telle présomption par la jurisprudence.

665. Malgré tout, un rapport récent a mis en évidence que, aux Etats-Unis

«dans certains cas, les tribunaux réfuteront la présomption, notamment lorsque : 1) le défendeur est une entreprise américaine ; 2) certaines décisions ayant conduit à l'atteinte ont été prises aux Etats-Unis ; 3) les produits issus de l'activité illégale sont entrés aux Etats-Unis ; 4) une entreprise exerçant des activités aux Etats-Unis a commis des violations graves des droits de l'homme ; 5) l'intérêt des Etats-Unis est affecté d'une manière ou d'une autre ; ou 6) un mélange des cas susmentionnés»⁵²⁸.

666. Bref, après *Kiobel*, la juridiction judiciaire personnelle extraterritoriale du juge américain est revenue à la doctrine du *minimum contact*. La juridiction est donc maintenue si l'entreprise est américaine, c'est-à-dire si son siège social est situé dans le *forum* (l'Etat fédéré dont la juridiction est saisie), ou bien si le *doing business standard*

526. Cf. W. S. Dodge, «Understanding the Presumption against Extraterritoriality», *Berkeley J. Int'l Law*, 1998, p. 85, qui observe comment à partir du début du XIX^e siècle, la présomption contre l'extraterritorialité a été utilisée pour limiter la portée des actes de piraterie et de la législation douanière fédérale. La présomption contre l'application extraterritoriale des lois avait déjà été réaffirmée par l'arrêt *Morrison* (*Morrison c. Nat'l Austl. Bank Ltd.*, 561 US 247, 130 S. Ct. 2869, 2883 (2010)) dans le domaine du droit de la concurrence.

527. Cf. par exemple : *Sarei c. Rio Tinto, PLC*, 722 F.3d 1109, 1110, 9^e circuit, 28 juin 2013 (confirmant le rejet de la juridiction inférieure à la suite de *Kiobel*) ; *Giraldo c. Drummond Co., Inc.*, 2013 WL 3873960, N.D.Ala., 25 juillet 2013 ; *Chen Gang c. Zhao Zhizhen*, 2013 WL 5313411, D. Conn., 20 septembre 2013 ; *Mohammadi c. Islamic Republic of Iran*, 2013 WL 2370594, D.D.C., 31 mai 2013 ; *Al Shimari c. CACI Int'l, Inc.*, 1:08-CV-827 GBL/JFA 2013 WL 3229720, E.D.Va., 25 juin 2013 ; *Ahmed-Al-Khalifa c. Travers*, 2013 WL 3326212, D. Conn., 1^{er} juillet 2013 ; *Tymoshenko c. Firtash*, 2013 WL 4564646, SDNY, 28 août 2013 ; *Adhikari c. Daoud*, 2013 WL 4511354, S.D.Tex., 23 août 2013 ; *Kaplan c. Central Bank of Islamic Republic of Iran*, 2013 WL 4427943, DDC, 20 août 2013.

528. De Schutter, p. 31. On rajoute que l'ATS ne confère pas une compétence exclusive aux tribunaux fédéraux, mais il s'agit uniquement d'une compétence concurrente à celle des tribunaux étatiques.

est rempli : c'est-à-dire si l'entreprise étrangère y déploie des activités continues et systématiques⁵²⁹. Mais la « fermeture » des salles de tribunaux américains aux victimes des entreprises transnationales est devenue de plus en plus évidente après l'arrêt *Kiobel*.

667. Ainsi la Cour d'appel fédérale du 2^e circuit, le 21 août 2013, a jugé irrecevable une demande contre plusieurs entreprises ayant des activités commerciales aux Etats-Unis, au motif de leur complicité dans les crimes d'apartheid commis en Afrique du Sud (*Balintulo c. Daimler AG*)⁵³⁰.

668. Il en va presque de même dans une autre affaire, *Sarei c. Rio Tinto*, où il s'agissait du déplacement forcé de villages entiers, de la destruction d'une forêt, ainsi que de la mort de plusieurs milliers de personnes sur l'île Bougainville en Papouasie-Nouvelle-Guinée, pour s'assurer de l'exploitation d'une grande mine de cuivre du monde⁵³¹. Ici, s'agissant d'une affaire *foreign cubed*, le lien avec les Etats-Unis a fait défaut comme la juridiction de la Cour dans la ligne droite de la « doctrine *Kiobel* ».

b) *La compétence des juges civils des Etats membres de l'Union européenne (et en Suisse) vis-à-vis des sociétés et des groupes transnationaux*

669. N'ayant pas d'ATCA, ni au niveau du droit interne des Etats membres, ni au niveau du droit de l'Union européenne, les tribunaux

529. Par exemple dans l'affaire *Wiwa et al. c. Royal Dutch Petroleum et al.*, en raison de la présence d'un bureau de l'entreprise de nationalité étrangère à New-York, le juge a considéré que la Cour fédérale américaine de l'Etat de New York constituait le forum approprié.

530. 727 F.3d 174.

531. Voir A. Bucher, « La compétence universelle civile », *Recueil des cours*, tome 372 (2014), ainsi que, *verbatim*, dans son rapport à l'IDI « La compétence universelle civile en matière de réparation pour crimes internationaux – Rapport » :

« L'ATS présente un filtre pour accéder aux tribunaux fédéraux. D'autres demandes de même nature peuvent être présentées en vertu du droit fédéral sur la base d'autres lois, telle le *Torture Victim Protection Act*, ou d'après la règle générale de *diversity jurisdiction*, lorsqu'une partie américaine est opposée à une partie étrangère. De surcroît, l'arrêt *Kiobel* ne touche pas à la compétence des tribunaux étatiques (*State Courts*). On a ainsi tôt fait d'observer que l'arrêt *Kiobel* allait avoir pour effet, non pas de fermer l'accès aux *human rights litigations* aux Etats-Unis, mais simplement entraîner leur transfert vers les juridictions des Etats. »,

Recueil des cours, op. cit., p. 32 ainsi que dans son rapport à l'IDI, *op. cit.*, paragraphe 33. Cf. B. Stephens, « *Kiobel and the Weakening of Precedent: A Long Walk for a Short Drink* », *AJIL*, 107, 2013, p. 841-845.

des Etats membres de l'UE n'ont pas été le théâtre de procès ayant pour objet des violations graves des droits de l'homme survenues à l'étranger comme aux Etats-Unis. Qui plus est, ici les *contingency fees* sont, en général, prohibés aux avocats, comme les *punitive damages* en cas de victoire des victimes⁵³².

670. La compétence juridictionnelle en matière internationale ne se déduit pas de la loi applicable au fond du différend, fut-ce une loi d'application extraterritoriale. La compétence juridictionnelle internationale est, en effet, régie par les règles de « conflit de juridictions » qui permettent de désigner les juridictions de l'Etat compétentes pour connaître d'un litige international⁵³³. Ces règles se distinguent des règles de conflit de lois auxquelles le juge aura recours seulement s'il s'est reconnu compétent pour statuer sur le fond du litige, en vertu de la loi applicable. La dissociation des deux raisonnements, le *forum* et le *jus*, est un des principes fondamentaux du droit international privé des Etats membres de l'UE ainsi que du même droit international privé européen.

671. Désormais, dans chaque Etat membre de l'UE la compétence du juge de l'ordre judiciaire à son égard doit être vérifiée principalement sur le fondement du règlement Bruxelles *Ibis*, si le défendeur est domicilié dans l'Union européenne, à défaut les solutions varient en fonction du droit international privé et processuel commun de chaque Etat.

672. Dans l'espace judiciaire européen⁵³⁴, résultant désormais du règlement 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (règlement Bruxelles *Ibis*), le législateur européen règle les litiges engagés contre des défendeurs établis dans un Etat partie de l'UE. Il s'agit d'un système de titres de juridiction assez

532. Il n'est pas possible de traiter ici toutes les questions de la compétence internationale des juges. Pour une excellente analyse d'ensemble l'on renvoie au cours de A. T. Von Mehren, « Theory and Practice of Adjudicatory Authority in Private International Law: A Comparative Study of the Doctrine, Policies and Practices of Common- and Civil-Law Systems: General Course on Private International Law », *Recueil des cours*, tome 295 (2002), p. 27 ss, ainsi qu'à l'ouvrage de M^{me} H. Gaudemet Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 5^e éd., Paris, LGDJ, 2015.

533. Voir en général D. P. Fernandez Arroyo, « Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales », *Recueil des cours*, tome 323 (2006), p. 9-260.

534. Sur la compétence juridictionnelle en matière de société, cf. H. Synvet, *Rép. int. Dalloz*, V^o Société (2004), n^o 213 ss; Y. Loussouarn, M. Trochu et R. Sotomayor, *Conflits de juridictions en matière de sociétés: JCl. Droit international*, fascicule 194-30 (2010).

rigide où il n'y a pas de place, ni pour des fors exorbitants (sur le modèle des articles 14 et 15 du Code civil français qui restent applicables en dehors du champ d'application du règlement Bruxelles I *bis*), ni pour un for exceptionnel de réserve, tel le for de nécessité⁵³⁵.

673. Ainsi, dans le cas où les personnes affectées par les activités à l'étranger d'une entreprise multinationale où la société-mère est domiciliée dans un Etat membre de l'UE il faudra interroger la loi dudit Etat pour savoir si un litige peut être jugé (compétence du juge judiciaire; *adjudicatory jurisdiction*) et, par la suite quel sera le droit applicable (*lex causae*) lorsqu'un acte illicite, en violation des droits de l'homme, a été commis hors des frontières du même Etat. A cet égard, on peut distinguer plusieurs cas d'espèce.

i) Société domiciliée dans un Etat membre de l'Union européenne (ou en Suisse)

674. L'article 4 du règlement Bruxelles *Ibis*, comme auparavant l'article 2 du règlement (CE) n° 44/2001, dispose que les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet Etat. La Convention de Lugano du 30 octobre 2007 adopte la même solution à l'article 2.

Le domicile des sociétés et personnes morales se détermine comme étant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement (art. 63 du règlement Bruxelles *Ibis* et art. 60 de la Convention de Lugano 2007)⁵³⁶.

535. Ainsi F. Seatzu, «A Plea for Civil Remedy: The Municipal Implementation of Fundamental Rights Provisions in the Framework of Regulation (EU) n° 1515/2012», *YPIL*, 15, 2013/14, p. 196-210.

536. Pour déterminer le siège statutaire, le juge saisi applique les règles de son droit international privé, voir M. Menjuçq, *Droit international et européen des sociétés*, *op. cit.*, n° 81. La compétence s'apprécie le jour de l'assignation. Il faut déterminer le siège de la personne morale à cette date. La législation suisse (loi sur le droit international privé et Code de procédure civile) continue à définir celui-ci au siège juridique de la société. Elle n'a pas été harmonisée avec la Convention de Lugano. Révisée en 2007 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011, la Convention de Lugano stipule que les sociétés et personnes morales sont domiciliées non seulement là où se trouve leur siège statutaire, mais aussi leur administration centrale ou leur principal établissement (art. 60, al. 1). Les tribunaux suisses devraient donc s'estimer compétents non seulement si la société assignée a son siège en Suisse, mais aussi son centre de décision ou son activité essentielle. Cette compétence – du fait que la maison mère et sa filiale sont deux entités juridiques séparées – ne couvre pas les agissements des filiales à l'étranger, sauf si l'on peut démontrer qu'elles sont administrées en Suisse.

675. Parfois le siège statutaire ne coïncide pas avec le siège réel de la société. En effet, le siège réel d'une société est l'endroit où elle a le centre principal de direction et de gestion de ses affaires, même si les décisions qui y sont prises le sont conformément à des directives émanant d'actionnaires résidant ailleurs. Mais s'agissant d'une personne morale, elle ne peut exercer son activité que dans les conditions imposées par les lois locales relatives à l'exercice des activités économiques et par conséquent, une société est nécessairement soumise à la juridiction de l'Etat de constitution en tant que juridiction primaire⁵³⁷.

676. La nationalité du demandeur, voire de la victime comme la localisation de son domicile, ne sont pas pertinentes quant à l'application du règlement, celle-ci pouvant être domiciliée dans un Etat tiers⁵³⁸, non membre de l'Union européenne.

677. Donc, pour autant que l'auteur de la violation ne soit pas une filiale à l'étranger, mais bien une société domiciliée dans un Etat membre de l'UE (ou en Suisse), il peut être attaqué dans l'UE selon l'article 4 du règlement Bruxelles I bis.

678. La Cour de justice de l'Union européenne, dans son arrêt *Owusu*⁵³⁹, a statué, en 2005 – mais la solution reste celle d'un *landmark case* – que la Convention de Bruxelles s'oppose à ce qu'une juridiction nationale d'un Etat contractant décline la compétence qu'elle tire de l'article 2 dudit règlement au motif qu'une juridiction d'un Etat non contractant serait un for plus approprié pour connaître du litige en cause, même si la question de la compétence d'une juridiction d'un autre Etat contractant ne se pose pas ou si ce litige n'a aucun lien de rattachement avec un autre Etat contractant (*forum non conveniens*).

537. Il appartient donc à la Cour de Justice de l'Union européenne d'interpréter ces notions de façon autonome pour faire jouer ou non la juridiction des juges des Etats membres de l'UE.

538. CJCE, *Group Josi Reinsurance Company SA c. Universal General Insurance Company*, 13 juillet 2000, C-412/98, Rec., p. I-5940, paragraphes 57 et 59 (le demandeur était domicilié au Canada).

539. CJCE, *Andrew Owusu c. N. B. Jackson*, agissant sous le nom commercial « Villa Holidays Bal-Inn Villas » e.a., 1^{er} mars 2005, C-281/02, 2005, C-106/2 :

« la Convention du 27 septembre 1968 ... s'oppose à ce qu'une juridiction d'un Etat contractant décline la compétence qu'elle tire de l'article 2 de ladite convention au motif qu'une juridiction d'un Etat non contractant serait un for plus approprié pour connaître du litige en cause, même si la question de la compétence d'une juridiction d'un autre Etat contractant ne se pose pas ou que ce litige n'a aucun autre lien de rattachement avec un autre Etat contractant ».

Même si l'arrêt fait référence à la Convention de Bruxelles de 1968, l'on sait que le dictum de la Cour est aussi valable pour le règlement I bis.

ii) Société domiciliée hors Union européenne (ou hors Suisse)

679. Par contre, lorsque la société, défendeur à l'action, est domiciliée hors de l'Union, l'article 4, paragraphe 1 du règlement Bruxelles I bis (comme l'art. 2 de la Convention de Lugano 2007), renvoie à la *lex fori*, c'est-à-dire au droit international privé et processuel commun de l'Etat membre du juge saisi (ou, en Suisse, le droit international privé suisse), y compris, par exemple, l'article 14-15 du Code civil français, ou encore, à la doctrine du *forum non conveniens* si elle y est consacrée⁵⁴⁰.

680. Autrement, s'agissant du droit international privé et processuel en vigueur dans la *lex fori*, cela signifie aussi que le juge dudit Etat n'aura normalement pas le pouvoir de se dessaisir d'une affaire ou de renoncer à exercer sa compétence simplement parce que le litige a eu son origine à l'étranger ou parce que le plaignant pourrait porter l'affaire devant un tribunal compétent à l'étranger. Bien plus, le juge d'un Etat membre de l'UE où le critère du siège réel est retenu comme titre de juridiction (y compris le juge suisse) devra s'estimer compétent non seulement si la société assignée a son siège dans l'Etat du for, mais aussi son centre de décision ou son activité essentielle. Cette compétence – du fait que la maison mère et sa filiale sont deux entités juridiques séparées – ne couvre pas les agissements des filiales à l'étranger, sauf si l'on peut démontrer qu'elles sont administrées dans l'Etat du for, donc en Europe. Ce titre de juridiction peut donc se révéler utile pour les victimes lorsque des *holdings* installent leur siège statutaire dans des paradis fiscaux *offshore*, mais le centre décisionnel, le siège réel reste dans un Etat européen.

Un exemple: activités de Shell au Nigeria et juridiction à La Haye et à Londres.

681. Ainsi, alors même qu'aux Etats-Unis l'affaire *Kiobel* était en discussion sur la base de l'ATCA, une autre plainte fut déposée contre la société Royal Dutch Shell plc. aux Pays-Bas car il s'agit d'une multinationale anglo-néerlandaise constituée en vertu du droit du Royaume-Uni, mais dont le siège social se trouve à La Haye, aux Pays-Bas. Shell Nigeria a opéré en territoire Ogoni, au Nigeria, de 1958 à 1993. La société utilise principalement ses oléoducs en Ogoni pour le transport de pétrole produit dans d'autres régions du Nigeria.

540. IDI, «Le recours à la doctrine du *forum non conveniens* et aux *anti-suit injunctions* : principes directeurs – Preliminary Exposition and Questionnaire (novembre 2000)», Annuaire IDI, vol. 70, tome I, 2002-2003, p. 30.

682. En 2008, les victimes de déversements et d'une pollution pétrolière colossale dans les villages de Goi, Oruma et Ikot Ada Udo, de concert avec Milieudéfensie (les Amis de la terre Pays-Bas), demandent des poursuites judiciaires civiles à l'encontre de Shell et de Shell Nigeria aux Pays-Bas. Il s'agissait de la première fois qu'une plainte de ce type était déposée contre une multinationale devant un juge néerlandais pour des dommages causés à l'environnement au Nigeria⁵⁴¹. Par ailleurs, les requérants ont invoqué la responsabilité de Shell qui, malgré son rôle en tant que société-mère de Shell Nigeria, à la tête du Groupe Shell, n'a pas utilisé ses connaissances et son contrôle sur Shell Nigeria de manière à éviter le déversement d'hydrocarbures et ses conséquences.

683. Le 30 janvier 2013, le tribunal de district de La Haye a rejeté l'ensemble des plaintes déposées contre Shell et Shell Nigeria par les villages de Goi et de Oruma, mais il a néanmoins conclu que Shell Nigeria était responsable des déversements qui s'étaient produits près du village d'Ikot Ada Udo. En ce qui concerne la loi applicable, le tribunal a appliqué la règle de conflit néerlandaise, antérieure au règlement Rome II, laquelle désignait la loi du lieu du dommage, à savoir la loi nigériane. En application de la loi nigériane, l'action contre la société-mère a été rejetée. En revanche, l'action contre la filiale est jugée non seulement recevable, mais aussi bien fondée.

684. En pratique, le juge néerlandais a relevé que, dans la loi nigériane, applicable au fond, la société-mère de Shell, basée à La Haye, n'a aucune obligation d'empêcher ses filiales, y compris Shell Nigeria «de faire du tort à des tiers». Ayant retenu une des cinq plaintes contre cette filiale, ce juge l'a condamnée à payer des dédommagements pour deux fuites de pétrole survenues en 2006 et 2007 près du village d'Ikot Ada Udo, proche du delta du Niger. Si le tribunal a considéré que ces fuites étaient dues aux sabotages liés aux vols de pétrole sur place, il a néanmoins estimé que Shell Nigeria aurait dû prendre des mesures pour y remédier.

685. La saga continue aussi au Royaume-Uni. Ainsi, en 2015, dans une autre affaire portée devant la justice au Royaume-Uni, la *High Court* de Londres se reconnaît compétente après une action en justice intentée par des habitants de la communauté Bodo, dans le delta du Niger,

541. Rechtbank's-Gravenhage (tribunal de première instance de La Haye), 30 décembre 2009, docket n° 330891/HA ZA 09-579, (Vereniging Milieudéfensie/Royal Dutch Shell PLC). Voir les suites dans le *Journal européen des droits de l'homme*, n° 4, 2016, p. 510 ss.

réclamant des indemnités de la part de Shell. Amnesty international informe sur son site que Shell a conclu un accord à l'amiable avec les habitants de Bodo à qui elle devra verser une indemnité de cinquante-cinq millions de livres sterling.

iii) *Action portée dans un Etat membre de l'Union européenne où se trouve une succursale, une agence ou tout autre établissement de la société défenderesse*

686. Si la contestation concerne l'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement, on peut utiliser des règles spéciales de compétence, prévues aux articles 7, paragraphe 5 du règlement Bruxelles Ibis (et art. 5, par. 5 de la Convention de Lugano 2007) qui permettent d'attirer le défendeur, domicilié dans un Etat membre, devant les juridictions d'un autre Etat membre, celles du lieu où sont situés une succursale, une agence ou tout autre établissement. Cette option se comprend aisément d'un point de vue pratique. Le demandeur, qui a contracté avec la succursale, évite ainsi les inconvénients engendrés par un procès qu'il devrait mener loin de son domicile. En outre, il peut toujours choisir d'assigner devant la juridiction du lieu du siège social.

687. Deux conditions doivent toutefois être remplies: 1) le litige doit porter sur une contestation relative à l'exploitation; 2) la maison mère doit être située dans un Etat membre de l'Union.

688. S'agissant des notions autonomes, la Cour de justice a bien considéré que les termes «succursale, agence ou tout autre établissement» supposent la dépendance de l'établissement secondaire par rapport à la maison mère ainsi que son intervention dans la conclusion des affaires traitées, ou encore «leur soumission au contrôle ou à la direction d'une maison mère»⁵⁴². Plus précisément la Cour nous dit que la succursale, l'agence ou l'établissement se caractérisent comme un

«un centre d'opérations qui se manifeste d'une façon durable vers l'extérieur comme le prolongement d'une maison mère, pourvu d'une direction et matériellement équipé de façon à pouvoir

542. CJCE, *A. De Bloos SPRL c. Société en commandite par actions Bouyer*, 6 octobre 1976, 14/76, *CJCE Recueil 1976*, p. 1509, paragraphe 21; CJCE, *Somafer SA c. Saar-Ferngas AG*, du 22 novembre 1978, 33/78, *CJCE Recueil 1978*, p. 2193, paragraphe 12; CJCE, *Blanckaert et Willems PVBA c. Luise Trost*, 18 mars 1981, 139/80, *CJCE Recueil 1981*, p. 819, paragraphe 13 (exclusion de l'agent commercial indépendant, qui bien que représentant l'entreprise à l'étranger, «se borne à transmettre des commandes à la maison mère, sans participer ni à leur règlement ni à leur exécution»).

négociier des affaires avec des tiers, de façon telle que ceux-ci, tout en sachant qu'un lien de droit éventuel s'établira avec la maison mère dont le siège est à l'étranger, sont dispensés de s'adresser directement à celle-ci et peuvent conclure des affaires au centre d'opérations qui en constitue le prolongement» (*Somafer, u. loc.*).

689. La Cour de justice a jugé que la notion de « contestation relative à l'exploitation de succursale » ne suppose pas que les engagements litigieux pris par la succursale, au nom de la maison mère, doivent être exécutés dans l'Etat contractant où la succursale est établie. Mais cela s'applique lorsque le litige est intra-UE.

690. Dans ce cadre, le litige portera sur les obligations trouvant leur origine dans les activités que le centre d'opérations (succursale ou autre) a lui-même assumées en matière de gestion opérationnelle.

691. Lorsque les victimes sont domiciliées à l'étranger, notamment dans un Etat extra-UE, on peut se demander si elles peuvent bénéficier de la même solution⁵⁴³. La succursale ne dispose pas d'une personnalité juridique distincte et n'a pas de patrimoine propre. Le patrimoine détenu par les succursales appartient à la tête de réseau et le personnel travaillant dans la succursale est directement salarié de l'entité tête de réseau. Cependant, on peut y faire rentrer les litiges relatifs à une acquisition de fourniture ou encore relatives à des obligations non contractuelles trouvant origine dans l'activité de la succursale.

iv) Le for du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire

692. Lorsqu'un dommage causé par l'activité d'une société est commis ou subi en dehors du territoire de l'Union européenne, l'article 7, paragraphe 2 du règlement Bruxelles I bis (comme l'art.5, par. 2 de la Convention de Lugano 2007), prévoit qu'une personne domiciliée sur le territoire d'un Etat membre peut être atraite dans un autre Etat membre en matière délictuelle ou quasi délictuelle⁵⁴⁴, devant le tribunal

543. CJUE, *Groupe Josi*, affaire C-412/98, 13 juillet 2000, *CJUE Recueil* I-5925

544. CJCE, *Athanasios Kalfelis c. Banque Schröder, Münchmeyer, Hengst et Cie*, et al., 27 septembre 1988, 189/87, *CJCE Recueil* 1988, p. 5579, paragraphe 17; CJCE, *Réunion européenne SA et al. c. Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV et Capitaine commandant le navire « Alblasgracht V002 »*, 27 octobre 1998, C-51/97, *CJCE Recueil* 1998, p. I-6511, paragraphe 22: la Cour de justice des communautés européennes a considéré que les termes « matière délictuelle ou quasi délictuelle » devaient être définis de manière autonome et qu'ils visent « toute demande qui vise à mettre en jeu la

du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire. Ici, le demandeur a l'option de se fonder sur le paragraphe 4, s'agissant, dans ce cas, d'un for complémentaire.

693. Dans ce cadre, il suffit de penser à des activités commerciales internationales qui causent des dommages par des accidents de pollution, mais on peut aussi rajouter le cas de produits défectueux.

694. La Cour de justice a considéré que le lieu où le fait dommageable s'est produit peut s'entendre de deux façons. Il s'agit soit du lieu où le dommage lui-même est survenu (*locus damni*); ou bien le lieu de l'événement causal, c'est-à-dire celui où s'est produit l'événement à l'origine du dommage⁵⁴⁵.

695. L'article 7, paragraphe 2 du règlement en vigueur permet de saisir la juridiction du lieu où le fait dommageable risque de se produire afin d'introduire des actions préventives. Il reste que l'admissibilité d'une telle action dépend de la loi de la juridiction saisie et le risque invoqué doit dans tous les cas présenter un certain degré de matérialité (la menace de la violation doit être sérieuse ou immédiate)⁵⁴⁶. Si l'interprétation de la Cour reste celle des règles analogues de la Convention de Bruxelles de 1968, il s'ensuit que le demandeur pourra saisir soit le juge du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire, soit celui où le dommage s'est réalisé ou risque de se réaliser, lorsqu'ils sont situés dans des Etats membres distincts⁵⁴⁷.

v) Action portée dans un Etat membre de l'Union européenne fondée sur un lien de connexité entre les demandes

696. Afin d'attirer la société-mère étrangère à une action en responsabilité engagée dans un Etat membre de l'Union européenne contre une filiale y domiciliée, le demandeur peut se fonder sur l'article 8, paragraphe 1 du règlement Bruxelles I *bis* (comme l'art. 6, par. 1 de la Convention de Lugano 2007) consacrant une extension de compétence à l'égard des codéfendeurs.

responsabilité d'un défendeur et qui ne se rattache pas à la « matière contractuelle » au sens de l'article 5, paragraphe 1 ».

545. Voir notamment : CJCE, *Sté Bier et Fond. Rheinwater c. Mines de Potasse d'Alsace*, CJCE Recueil, 30 novembre 1976, 76.1735 ; CJCE, *Dumez France c. Helaba*, CJCE Recueil 1990, C-220/88 ; CJCE, *Réunion européenne*, *op. cit.*, 1998.

546. CJCE, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL et Chequepoint International Ltd contre Presse Alliance SA*, 7 mars 1995, C-68/93, CJCE Recueil 1993, p. 415 ss, paragraphe 24.

547. Voir à ce propos, CJCE, 30 novembre 1976, *Mines de potasse d'Alsace*, D. 1977, p. 613, note G. Droz, qui reste le cas d'école.

697. Cependant, la Cour de justice a retenu une interprétation assez restrictive de ce texte. Ainsi, par exemple, la Cour a refusé aux salariés d'une filiale française d'attirer la société-mère anglaise en tant que co-employeur devant le juge français⁵⁴⁸. A fortiori, ce texte ne saurait être invoqué aujourd'hui si la société-mère est domiciliée dans un Etat non membre car dans ce cas, le règlement est inapplicable.

698. L'article 35 du règlement Bruxelles I *bis* (comme l'art. 31 de la Convention de Lugano 2007) permet, pour sa part, de demander aux juridictions d'un Etat membre des mesures provisoires ou conservatoires⁵⁴⁹, alors même qu'un autre Etat contractant est compétent pour connaître du fond de l'affaire, à condition qu'existe « un lien de rattachement réel entre l'objet des mesures sollicitées et la compétence territoriale de l'Etat contractant du juge saisi »⁵⁵⁰.

699. Quoi qu'il en soit, dans de nombreuses hypothèses, le problème, toujours ouvert, est de savoir si l'on peut, en levant le voile de la personnalité morale, considérer que le défendeur est une société domiciliée dans un Etat membre de l'UE, alors que les faits litigieux sont imputables à une filiale ayant son siège dans un pays tiers.

700. A supposer que cela soit possible, il convient de noter que ce type de litige se prête aussi à des actions collectives. Mais, *ubi commoda, ibi incommoda*, aucune uniformité n'existe sur ce point dans les droits des Etats de l'Union européenne et le règlement Bruxelles I *bis* ne prévoit aucune disposition spécifique pour ce type d'action.

c) *La solution des conflits de juridiction par traité. L'exemple de la pollution de l'environnement*

701. L'article 71 du règlement Bruxelles I *bis* (comme l'art. 67 de la Convention de Lugano 2007) prévoit l'application prioritaire d'un nombre de traités de droit international de l'environnement. En effet, si un traité international sur les entreprises et les droits humains verra le jour, il faudra qu'il s'occupe aussi des « conflits de juridictions » entre

548. CJCE, 22 mai 2008, affaire C-462/06, *Glaxosmithkline*.

549. CJCE, *M. Reichert, H.H. Reichert et I. Kockler c. Dresdner Bank AG*, 26 mars 1992, C-261/90, *CJCE Recueil 1992*, p. I-2149, paragraphe 34 : « Mesures qui, dans les matières relevant du champ d'application de la Convention, sont destinées à maintenir une situation de fait ou de droit afin de sauvegarder des droits dont la reconnaissance est par ailleurs demandée au juge de fond. »

550. CJCE, *Van Ude Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco Line et al.*, 17 novembre 1998, 391/95, *CJCE Recueil 1998*, p. I-7135 ; CJCE, *Hans-Hermann Mietz c. Intership Yachting Sneek BV*, 27 avril 1999, C-99/96, *CJCE Recueil 1999*, p. I-2314, paragraphe 43.

les Etats et leur appareil judiciaire. A bien y regarder, on a quelques exemples de traités de coopération judiciaire utiles à ce propos.

i) *La lutte contre la pollution par hydrocarbures*

702. S'agissant de la pollution par hydrocarbures, il faut rappeler la Convention de Bruxelles du 29 novembre 1969 (CLC) sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, complétée par la Convention de 1971 créant un fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures. On sait que ces textes ont été progressivement remplacés par des protocoles d'amendement et notamment les protocoles de 1992, fréquemment désignés comme Conventions de 1992 et de 2003⁵⁵¹.

703. Or, ces accords contiennent une même règle de conflit de juridictions :

«Lorsqu'un événement a causé un dommage par pollution sur le territoire y compris la mer territoriale ... d'un ou de plusieurs Etats contractants, ou que des mesures de sauvegarde ont été prises pour prévenir ou atténuer tout dommage par pollution sur ce territoire ..., il ne peut être présenté de demande d'indemnisation que devant les tribunaux de ce ou de ces Etats contractants.»
(Art. 9.)

704. Il appartient aux Etats de fixer les contours de la compétence civile ou pénale de leurs tribunaux, comme il est apparu dans l'affaire du navire *Erika*⁵⁵² ou *Prestige*, mais il nous semble assez peu discutable que ce traité soit prêt à l'emploi en matière civile, s'agissant d'un régime spécial de responsabilité civile.

705. Dans le domaine des hydrocarbures, il faut également mentionner la Convention de Londres du 23 mars 2001 sur la responsabilité civile pour les dommages par hydrocarbures de soutes, adoptée par une Conférence diplomatique de l'Organisation maritime internationale (OMI). Elle a été adoptée dans le but de fournir une indemnisation convenable, prompte et efficace des personnes victimes de dommages

551. A ce sujet voir S. M. Carbone, P. Celle et M. Lopez de Gonzalo, *Diritto marittimo*, 5^e éd., Turin, Giappichelli, 2015, p. 192 ss.

552. Voir par exemple, sur la question de la compétence Ph. Delebecque, «L'arrêt Erika, un grand arrêt de droit pénal, de droit maritime ou de droit civil», *D.* 2012, 2711; *id.*, «Après l'arrêt Erika», dans *Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Gilles Martin*, 2013, p. 163.

due aux déversements d'hydrocarbures transportés comme carburants dans la soute des navires. Elle s'applique aux dommages survenus sur le territoire, y compris la mer territoriale, et dans la zone économique exclusive des Etats parties. En couvrant tous les navires, la Convention complète les conventions existantes sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution causée par les pétroliers et par les navires transportant des substances nocives et potentiellement dangereuses. La Convention comble une lacune importante dans la réglementation internationale en matière de responsabilité liée à la pollution marine et ses articles 9 et 10 comprennent des dispositions concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives à l'application de la Convention.

706. Contrairement aux multiples fors de compétence disponibles en vertu du règlement Bruxelles I *bis* (ou de la Convention de Lugano 2007), l'article 9 de la Convention sur les hydrocarbures de soute prévoit la compétence exclusive de l'Etat partie à la Convention dans lequel se sont produits les dommages liés à la pollution. De plus, l'article 10 de la Convention sur les hydrocarbures de soute stipule que tout jugement rendu par un tribunal compétent doit être reconnu et ne peut plus y faire l'objet d'un recours ordinaire, sauf si le jugement a été obtenu frauduleusement ou si le défendeur n'a pas été averti dans des délais raisonnables et mis en mesure de présenter sa défense. Les jugements sont exécutoires dans chaque Etat partie dès que les procédures requises dans cet Etat ont été remplies. Ces procédures ne sauraient autoriser une révision au fond de la demande⁵⁵³.

ii) *Autres conventions*

707. On peut également citer l'article 13 du Protocole de Kiev de 2003 sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières, se rapportant à la Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eaux transfrontières et des lacs internationaux ou encore la Convention de 1992 sur les effets transfrontières des accidents industriels.

708. S'agissant de la réparation des dommages causés par l'énergie nucléaire, plusieurs conventions internationales ont été conclues. On

553. A ce sujet voir par exemple, J. Beurier, *Droits maritimes*, Paris, Dalloz, 2015, p. 1661 ss.

peut citer principalement la Convention de Paris du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire et la Convention de Vienne du 21 mai 1963 relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires. A la différence des autres conventions sectorielles, ces textes donnent compétence aux tribunaux du lieu de survenance de l'accident nucléaire (Convention de Paris, 29 juillet 1960, art. 13, Convention de Vienne, art. XI) et non pas aux tribunaux du lieu de survenance du dommage. L'idée est de désigner un seul tribunal afin de garantir le respect de la limitation de responsabilité et d'assurer une répartition équitable de la compensation.

709. Ici, la compétence appartient, encore une fois, aux juridictions du lieu du dommage, mais également à celle du lieu de l'accident ou encore du domicile, principal établissement, siège ou administration centrale du défendeur.

d) *Les actions de groupe* (class actions)

710. Les actions civiles pour violation des droits de l'homme sont exercées contre les entreprises, accusées de violations ou de complicité dans la violation des droits de l'homme, pour obtenir des remèdes civils, c'est-à-dire des indemnisations monétaires.

711. D'une manière générale, en Europe, seule la victime alléguée, ou ses ayants droit, peuvent introduire une action en responsabilité civile⁵⁵⁴, la «*class action*» telle qu'on la retrouve dans le système américain n'étant généralement pas admise, exception faite pour le Royaume-Uni⁵⁵⁵.

554. Voir cependant la recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union, JOUE, 2013, L 201, p. 60. Ainsi, en général, en Belgique, une telle action est notamment admise pour les faits de racisme, discrimination, ou encore d'atteintes à l'environnement; en France, il est entre autres permis aux associations, dont l'objet défini dans leurs statuts est de combattre les crimes contre l'humanité ou les crimes de guerre, de se constituer partie civile et déclencher l'action. Les victimes pourront dès lors se joindre à l'action en se constituant partie civile. Cette association doit être déclarée depuis au moins cinq années; aux Pays-Bas, le Code civil prévoit qu'une ONG peut introduire une action dès que la violation des droits de l'homme porte atteinte à l'intérêt général qu'elle promeut conformément à ses statuts. Voir à ce propos, *Nederlandse Burgerlijke Wetboek (BW)*, article 3:305 a (1). N. Jägers et M.-J. Van Der Heijden, «Corporate Human Rights Violations: The Feasibility of Civil Recourse in the Netherlands», *Brook. J. Int'L.L.*, 2008, vol. 33, p. 849.

555. Voir estimant que l'avènement des actions collectives modifie totalement la dynamique du contentieux judiciaire international et qu'il conviendrait d'élaborer des règles de compétence spécifiques à ce type de contentieux, H. Muir Watt, «Brussels I and Aggregate Litigation or the Case for Redesigning the Common Judicial Area in

712. Lorsque la société-mère a son siège aux Etats-Unis, les victimes des agissements délictueux de la filiale étrangère sont parfois tentées de porter leur action devant les juridictions américaines pour profiter notamment, sur le terrain procédural, de l'accueil qui y est réservé aux actions de groupe (*class actions*) et au fond, de la levée du voile social de la filiale. Les juridictions américaines sont susceptibles de se reconnaître compétentes si le litige a une incidence aux Etats-Unis comme on l'a dit auparavant⁵⁵⁶.

713. La *class action* peut être envisagée sous deux modalités différentes : celle de l'*opt in* : pour faire partie de la *class action*, tout individu doit déclarer son intention d'y participer ; celle de l'*opt out* : tout individu dans une situation identique vis-à-vis du défendeur fait automatiquement partie de la *class action*.

714. Ainsi, aux Etats-Unis, un individu ou un groupe d'individus (personnes physiques ou morales) dont les droits ont été lésés peut intenter une action au nom d'un nombre illimité de victimes se trouvant dans une situation similaire. La décision aura autorité à l'égard de toutes les victimes qui sont dans une situation identique, qu'elles soient parties à l'instance ou non.

715. L'intérêt de la *class action* est de regrouper des plaintes qui peuvent parfois s'élever à plusieurs milliers, et faciliter l'accès à la justice de personnes ayant toutes subies le même préjudice. Ce type d'action collective présente un intérêt financier certain pour les victimes, car s'il permet de diminuer les coûts de procédure il y ajoute le système de *contingency fees* pratiqué par les *law firms* américaines.

716. Cependant, devant ce *race to the top*⁵⁵⁷, depuis l'affaire *Wal-Mart c. Dukes* de 2011 la Cour suprême américaine semble faire marche

Order to Respond to Changing Dynamics, Functions and Structures in Contemporary Adjudication and Litigation», *IPRax*, 2010, p. 111. En Suisse, patrie d'importantes multinationales, les victimes subissant un dommage causé par une même entreprise ne bénéficient normalement pas de la possibilité de déposer une demande collective. Le Conseil fédéral s'est prononcé à plusieurs reprises contre l'introduction dans le droit suisse d'une plainte collective en soulignant les expériences – selon lui – négatives avec les actions de groupe (*class actions*) à l'américaine, la crainte d'abus et de problèmes d'organisation liés à la complexité de la procédure.

556. Sur la compétence des juridictions américaines, voir A. Mirandes, *La compétence inter-étatique et internationale des tribunaux en droit des Etats-Unis*, Paris, Economica, 2002. Sur la compétence fondée sur l'*Alien Torts Claim Act (ATCA)*, voir également, N. Norberg, article précité – *adde*, C. Kessedjian, «Les actions pour violation des droits de l'homme – Aspects de droit international privé», *Travaux comité jr. DIP 2002-2004*, Pedone, 2005, p. 151.

557. La référence, inversée, est tiré de l'ouvrage fondamental de R. Romano, *The Genius of American Corporate Law*, 1993 (elle parlait plutôt d'une *race to laxity*

arrière et imposer des exigences de plus en plus strictes pour autoriser l'action de groupe⁵⁵⁸.

717. Quoi qu'il en soit, il reste que des *class actions* par les consommateurs ou autres ONG dans le pays d'origine d'une STN restent possibles. On a vu, dans la deuxième partie de ce cours qu'une association de consommateurs dans le pays où une multinationale est basée et surtout dans le *locus* où elle entreprend des actions publicitaires ou de marketing considérées comme *trompeuses* peuvent, dans un Etat membre de l'UE, donner lieu à une action judiciaire fondée sur la loi de transposition de la directive européenne 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises.

718. Ainsi, le 6 avril 2010, le *European Center for Constitutional and Human Rights* (ECCHR), en collaboration avec *Clean Clothes Campaign*, a soutenu la *Customer Protection Agency Hamburg*, en déposant une plainte contre la société Lidl. Dans cette plainte, Lidl est accusé de tromper les clients dans sa communication quant à sa conformité avec les normes sociales et de travail dans ses usines d'approvisionnement. Lidl affirmait, en effet, dans ses brochures :

« Chez Lidl, nous ne travaillons qu'avec des fournisseurs et producteurs non alimentaires qui sont prêts à mettre en œuvre et à démontrer leur responsabilité sociale. Nous sommes opposés à toute forme de travail des enfants, et aux violations des droits du travail et des droits de l'Homme dans nos usines. Nous assurons de manière effective le respect de ces standards. »

Lidl a donc été accusé de tromper ainsi les consommateurs et de gagner un avantage concurrentiel injuste. Le bien-fondé de la plainte a porté rapidement la société à admettre publiquement les allégations formulées contre elle concernant des violations des droits des travailleurs au Bangladesh. Lidl s'est aussi engagé à ouvrir le dialogue avec les organisations à l'origine de la plainte pour un règlement à l'amiable.

pour expliquer comment le Delaware devenait le meilleur siège pour les corporations américaines grâce à sa législation plus favorable).

558. Confrontée à une « *foreign cube action* » (demandeurs étrangers, défendeur étranger, faits litigieux à l'étranger), la Cour suprême des Etats-Unis s'est récemment reconnue incompétente, voir E. Gaillard, « Etats-Unis : coup d'arrêt aux *class actions* extra-territoriales. A propos de l'arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis du 24 juin 2010 », *JCP G* 5 juillet 2010, p. 1381, ainsi que M. Audit et M.-L. Niboyet, « L'affaire *Vivendi Universal SA* ou comment une *class action* diligentée aux Etats-Unis renouvelle le droit du contentieux en France. A propos du TGI Nanterre, ord. réf., 27 août 2009 et CA Paris, 28 avril 2010 », *Gaz. Pal.* 28 mai 2010, p. 11.

719. En France, la circulaire du 26 septembre 2014 clarifie les règles de procédure civile applicables à l'action de groupe introduite par la loi n° 2014-344 relative à la consommation du 17 mars 2014 et son décret d'application. Cette nouvelle procédure donne effectivité au droit de la consommation car l'action collective rééquilibre le rapport entre les consommateurs et les professionnels. Sans l'action de groupes, des centaines de milliers de consommateurs seraient victimes de manquements au droit sans disposer d'un accès aisé à la justice. C'est pourquoi, l'objectif de cette loi est précisément de faire bénéficier d'une décision de réparation des préjudices les victimes se trouvant dans une situation similaire sans qu'elles aient été parties au procès. Ceci ne va pas de soi car il s'agit d'une dérogation au principe fondamental de l'effet relatif de la chose jugée : ici les consommateurs vont personnellement tirer parti d'une action menée par une association de consommateurs.

720. Je pense que le modèle français juridique d'action de groupe (*class action*) pourrait utilement circuler dans les pays de *civil law*, les pays de la famille romano-germanique.

721. Tout d'abord, dans la *class action* à la française, il n'y a pas de nécessité de se regrouper au départ. Aux Etats-Unis, normalement, un cabinet d'avocat lance sur la place publique la nouvelle qu'il va faire une action de groupe contre un vendeur de tabac, par exemple, et incite les consommateurs à se joindre à lui pour faire masse, souvent d'ailleurs pour augmenter ses frais et dans le but de faire pression sur le professionnel pour négocier.

722. En revanche, en France, l'association peut débiter avec deux ou trois consommateurs tout en supposant que derrière eux il y a beaucoup plus de victimes. Ensuite, ici, seules les associations nationales de consommateurs agréées peuvent agir, soit quinze titulaires du droit d'action. Toutefois, le juge français ne répare que le préjudice ; il n'y a pas de dommages-intérêts punitifs en droit français comme dans les autres pays de *civil law*, y compris en droit européen.

723. Certes, dans les pays du système romano-germanique il n'y a pas de pactes de « *quota litis* » qui permet aux conseils d'être rémunérés exclusivement sur les résultats de la procédure. C'est ce qui peut conduire aux dérives du système américain concernant le montant de l'indemnisation puisqu'ils sont rémunérés par un pourcentage sur celui-ci. Mais l'absence de *contingency fees* peut aussi constituer un obstacle pour les victimes qui n'ont pas les moyens financiers de lancer une *class action*.

C. La protection des victimes par le forum necessitatis
(for de nécessité)

724. Les juges des Etats n'ont ni la vocation, ni la prétention, ni même les moyens de se pencher sur l'ensemble des litiges s'élevant sur Terre, y compris en matière de violations des droits de l'homme.

725. Ainsi, même dans les travaux dits de «refonte» du règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (règlement Bruxelles I), qui ont abouti au règlement n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 (règlement Bruxelles I bis), on a évoqué l'insertion d'un «for de nécessité» qui aurait été accessible dans des litiges dirigés contre des entreprises localisées hors du territoire européen. Cependant, la règle proposée pour un tel for n'a pas été retenue car l'Union européenne n'aurait plus pu s'opposer à l'exercice d'une compétence universelle par d'autres pays, tels les Etats-Unis, à l'encontre des défendeurs et des entreprises localisés en Europe⁵⁵⁹.

726. D'autant plus qu'en droit de l'Union européenne, le règlement du 18 décembre 2008 relatif aux obligations alimentaires prévoit déjà un titre de compétence exceptionnel, nommé «*forum necessitatis*», lorsqu'aucun Etat membre de l'Union n'est compétent en vertu des autres critères posés par le règlement et lorsqu'aucune procédure ne peut «raisonnablement» être introduite ou conduite ou qu'elle s'avère impossible dans un Etat tiers avec lequel la situation a des liens étroits.

727. Néanmoins, il peut également y avoir compétence internationale directe du juge d'un Etat lorsqu'aucun tribunal étranger n'est compétent ou ne peut être raisonnablement saisi⁵⁶⁰. On peut envisager ici même le cas où l'existence d'une *cautio judicatum solvi* ne permet pas l'accès

559. Cf. Boschiero, *op. cit.*, *RDIPP*, 2013, p. 265. De même, l'avant-projet de convention sur la compétence et les jugements de la Conférence de La Haye de droit international privé s'efforçait de laisser aux Etats toute liberté de prévoir des règles exorbitantes pour les actions en réparation à la suite d'une violation grave des droits de l'homme (voir art. 18-3 de l'avant-projet, doc. pré-l. n° 11, août 2000, disponible sur le site de la Conférence).

560. Voir L. Corbion, *JCI. Droit international*, fascicule 581-21 ; V. Rétornaz et B. Volders, «Le for de nécessité : tableau comparatif et évolutif», *Rev. crit. DIP* 2008, p. 225. En jurisprudence voir CA Paris 7 octobre 2003 BAD c. M. A., *op. cit.*, et surtout, Soc. 20 janvier 2005, BAD c. Degboe, *Dalloz*, 2005, p. 593, *op. cit.* :

«mais attendu que la Banque africaine de développement ne peut se prévaloir de l'immunité de juridiction dans le litige l'opposant au salarié qu'elle a licencié dès lors qu'à l'époque des faits elle n'avait pas institué en son sein un tribunal ayant compétence pour statuer sur des litiges de cette nature, l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge chargé de se prononcer sur sa prétention et d'exercer un droit qui relève de l'ordre public international constituant un déni de justice

effectif au juge interne d'un Etat tiers comme on avait souligné en parlant des obstacles de type «économique».

728. Le *forum necessitatis* devient donc une compétence fondée sur le risque de déni de justice⁵⁶¹, une compétence renforcée par l'exigence, souvent rappelée par la Cour européenne des droits de l'homme (et parfois par la Cour de justice⁵⁶²), à propos du droit de chacun à une «protection juridictionnelle effective». Autrement dit, le manque de prévision d'un *forum necessitatis* peut se traduire dans une violation de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme⁵⁶³.

729. Certes, il faut admettre que dans son regrettable arrêt *Al Adsani c. Royaume-Uni*, du 21 novembre 2001⁵⁶⁴, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que le Royaume-Uni n'était pas tenu d'offrir au requérant une voie de recours civile pour des tortures subies du fait des autorités koweïtiennes.

Se fondant sur la théorie des limitations implicites au droit d'accès à un tribunal, la Cour a considéré que la loi anglaise qui accorde l'immunité aux Etats en pareille circonstance «n'est pas en contradiction avec les limitations généralement admises par la Communauté des Nations comme relevant du principe de l'immunité des Etats»⁵⁶⁵, contribuant, par là, à la solution aberrante adoptée ensuite par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)* du 3 février 2012⁵⁶⁶.

730. Mais la jurisprudence évolue avec le temps et il est possible de prévoir une amélioration progressive de l'accès des victimes aux juges des Etats.

731. Ainsi, en août 2012, l'*International Law Association*, a adopté à Sofia une résolution relative au contentieux civil international en

fondant la compétence de la juridiction française lorsqu'il existe un rattachement avec la France».

561. Voir les belles pages de C. De Visscher, «Le déni de justice en droit international», *Recueil des cours*, tome 52 (1935), p. 363.

562. Voir H. Gaudemet-Tallon, «Le droit au juge à l'épreuve des règles de compétence judiciaire internationale», dans *Le droit à la mesure de l'homme, Mélanges Ph. Léger*, Pedone, 2006, p. 173.

563. Sur l'ensemble de la question des rapports entre la CEDH et le droit international privé, voir parmi la littérature récente J. J. Fawcett, «The Impact of Article 6 (1) of the ECHR on Private International Law», *ICLQ*, 2007, 56. Voir H. Muir Watt et D. Bureau, n° 67.

564. CEDH, 21 novembre 2001, *Al Adsani c. Royaume-Uni*.

565. J.-F. Flauss, «Répression des actes de torture et compétence civile universelle», *D.* 2003, p. 1246.

566. A ce propos voir D. Carreau et F. Marrella, *Droit international*, p. 416.

matière de violation des droits de l'homme⁵⁶⁷. La résolution s'adresse notamment aux législateurs et entend servir de modèle et contribuer au développement du droit sur cette question. Cette résolution tente d'ouvrir plus largement la compétence notamment à l'égard des sociétés multinationales et ceci de deux manières. Tout d'abord en prévoyant un chef de compétence fondé sur la nécessité et le souci d'éviter le déni de justice, ensuite à travers la notion de connexité.

732. Sur le premier point, la notion de déni de justice est entendue de façon particulièrement large puisque ce risque existe dès lors qu'aucun autre tribunal ne peut être saisi ou qu'il n'est pas raisonnable de s'attendre à ce que le demandeur saisisse un autre tribunal.

733. Sur le second point, le texte prévoit qu'en cas de pluralité de défendeurs, les tribunaux du domicile de l'un d'entre eux seront compétents pour les demandes connexes, sachant que les demandes seront connexes notamment si les défendeurs faisaient partie du même groupe de sociétés au moment des faits ou si l'un des défendeurs contrôlait l'autre (néanmoins, il faut noter que ces mécanismes ne concernent que les cas les plus extrêmes où les atteintes à l'environnement s'apparentent à des violations des droits de l'homme).

D. L'application du droit étranger et ses limites

734. Une fois qu'un juge national se déclare compétent, il fera application des règles de conflit de lois en vigueur dans la *lex fori*, règles qui permettent de déterminer le droit applicable au fond du litige, les règles de procédure relevant toujours de la *lex fori* ou « loi du juge saisi ».

567. Il s'agit des lignes directrices de Sofia sur les meilleures pratiques en matière d'actions civiles pour violation des droits de l'homme suivant lesquelles :

«2.3 *Forum necessitatis* (1) Les juridictions de l'Etat qui possède un lien suffisant avec le litige sont compétentes pour éviter un déni de justice. (2) Au sens du paragraphe 2.3 (1), un déni de justice existe si, après avoir entendu toutes les parties intéressées et pris en considération les sources d'informations fiables et publiques, le tribunal parvient à la conclusion que : (a) aucun autre tribunal n'est disponible, ou (b) il ne peut être raisonnablement exigé du demandeur qu'il saisisse un autre tribunal. (3) Au sens du paragraphe 2.3 (1), un lien suffisant est constitué, notamment, par (a) la présence du demandeur ; (b) la nationalité du demandeur ou du défendeur ; (c) la présence de biens appartenant au défendeur ; (d) certaines activités exercées par le défendeur ; (e) une action pénale, à condition que le tribunal puisse juger en même temps de l'action civile en vertu de son propre droit ».

Cf. «Final Report, International Civil Litigation for Human Rights Violations», *ILA Report Sofia*, 2012, p. 321-373 ; «Interim Report, Private International Law Aspects of Civil Litigation for Human Rights Violations», *ILA Report La Haye*, 2010, p. 564-594 ; «Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences», *ILA Report Londres*, 2000, p. 403-442.

Tout au long du XIX^e siècle et pendant une grande partie du XX^e siècle la science du conflit de lois – du moins en Europe et pendant longtemps jusqu'à la « *conflict revolution* » aux Etats-Unis – reposait sur des raisonnements indifférents aux conséquences de fond de l'application de la règle de conflit. D'après le dogme savignien on répétait, parfois de façon aveugle, que la règle de conflit doit être neutre, bilatérale et abstraite. Par la suite, contentieux après contentieux, lors des dernières cinquantes années, le droit international privé a été progressivement irrigué par les droits de l'homme⁵⁶⁸. Il a acquis une sophistication certaine par le développement de ses méthodes raffinées⁵⁶⁹.

735. Or, dans une perspective « conflictualiste », si la règle de conflit de lois désigne une loi étrangère, on peut se demander quelle est son rapport avec les droits de l'homme, tant au niveau de la détermination de son contenu (1) qu'au niveau de l'éventuelle interférence des lois de police ou encore de son éviction par l'ordre public international du for (2). Les brèves observations présentées ici se complètent en considérant le sort de la protection des droits de l'homme au niveau de la reconnaissance et de l'exécution des décisions et actes étrangers (3).

1. Droit applicable

736. Les règles de conflits de lois ont une incidence certaine sur la responsabilité – et cette fois-ci il s'agit d'une responsabilité au sens du droit, pas comme celle dont parlent les Principes directeurs de l'ONU! – des entreprises dans un contexte transnational, car elles peuvent conduire le juge compétent à appliquer un droit différent du sien, droit qui peut s'avérer plus ou moins protecteur des droits de l'homme.

737. Il incombe au juge étatique qui reconnaît applicable un droit étranger, d'en rechercher, soit d'office soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur, avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger. Dans la grande majorité des systèmes juridiques contemporains de droit international privé, la preuve de la teneur du droit

568. Voir, par exemple, P. Kinsch, « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *Recueil des cours*, tome 318 (2005), p. 9-331.

569. Voir, *inter multos*, l'excellent rapport de S. Symeonides à l'Académie internationale de droit comparé à la session de Bristol: *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?/Le droit international privé à la fin du XX^e siècle: Progrès ou recul?*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, ainsi que P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *Recueil des cours*, tome 327 (2007), p. 9-378.

étranger peut être rapportée par la production de certificats de coutume, établis par écrit à la demande de l'une des parties et délivrés soit par une autorité officielle de l'Etat concerné, soit par un juriste spécialisé. Le juge peut également – et dans certains systèmes, comme en Italie, *iura novit curia* – rechercher d'office le contenu de la loi étrangère, en ordonnant parfois une expertise dont la mission est confiée à un juriste connaissant la loi étrangère. Enfin, le juge peut user des procédures de coopérations judiciaires spécialement prévues à cet effet.

738. Lorsque la substance du droit étranger est établie, le juge peut devoir l'interpréter afin de donner une solution conforme au droit positif étranger. Ainsi, par exemple, la loi italienne de droit international privé, à son article 15, codifie une règle assez commune en droit comparé : « [L]a loi étrangère est appliquée selon ses propres critères d'interprétation et d'application dans le temps ». Cela veut dire, *inter alia*, que le juge doit « s'asseoir comme s'il était un juge du pays de la *lex causae* »⁵⁷⁰. La référence à la « loi applicable » par la règle du conflit du for est une référence à l'ordre juridique de droit positif tout entier de l'Etat étranger au moment de la décision⁵⁷¹.

739. Par conséquent, la loi étrangère transporte avec elle les droits de l'homme de toute source (constitutionnelle, législative ou internationale) en vigueur dans la *lex causae*. On voit bien que les mécanismes de droit international privé opèrent de façon telle que le juge d'un Etat où il y a une faible protection des droits de l'homme se trouve obligé de les appliquer par sa propre règle de conflit.

740. Ou encore, il est évident que lorsqu'un juge doit appliquer une loi étrangère et que l'Etat d'origine donne à ses normes protectrices des droits de l'homme une portée extraterritoriale (voir *supra* chapitre I),

570. L'analogie a des limites. M. L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2013, p. 470, l'expliquent clairement par ces mots :

« Tous les auteurs s'accordent pour reconnaître que l'existence du droit étranger est un fait pour le juge du for. Il n'est pas chargé en effet d'assurer la cohérence ni le développement du système étranger. Il est donc privé de tout pouvoir créateur et doit prendre la règle étrangère telle qu'elle est comprise dans ce système. En cas d'ambiguïté il lui incombe néanmoins de procéder à l'interprétation appropriée pour dégager, au regard de l'ensemble des sources du droit étranger, le sens et la portée du droit étranger. Il n'est donc pas un simple photographe du droit étranger, il en est aussi l'interprète. »

571. Voir plus spécifiquement P. Picone, « La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé », *Recueil des cours*, tome 197 (1986), p. 229 ss. *Idem*, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé : Cours général de droit international privé », *Recueil des cours*, tome 276 (1999), p. 9-296.

celles-ci produiront effet sur le territoire d'un autre Etat (celui du for). Encore une fois, cela est possible au titre de la *lex causae* et donc sur autorisation de la *lex fori* par le biais de ses règles de conflit.

741. Cependant, le niveau de protection des droits de l'homme de la *lex causae* peut être inférieur à celui qui est garanti dans la *lex fori*. Imaginons qu'un juge d'un Etat membre de l'UE soit compétent. Si la violation des droits de l'homme constitue – comme c'est souvent le cas – une cause de responsabilité délictuelle, il faudra le démontrer sur la base de la loi applicable aux obligations non contractuelles. Pour ce faire il faudra consulter *inter alia*, le règlement Rome II⁵⁷². Or, d'après ce règlement, les règles de conflit sont fixées par l'article 4. Le principe général est que la loi désignée est la *lex loci damni* (art. 4, par. 1), c'est-à-dire la loi du pays où s'est vérifié le dommage direct⁵⁷³, sans considération de la loi du pays de l'événement dommageable ou du pays où se manifestent les conséquences indirectes.

742. Or si la *lex loci damni* est celle d'un pays où les violations des droits humains se sont réalisées car la loi n'est pas suffisamment protectrice, le résultat sera d'avoir un contentieux devant un juge d'un Etat européen (le *forum*) mais dont la loi (le *ius*) – par hypothèse plus protectrice au fond – ne sera pas compétente. Peut-être que le juge d'un Etat européen appliquera la loi étrangère mieux que ne le ferait son homologue étranger, car les garanties du procès sont plus élevées et la corruption moindre. Dans ce sens, on peut parler d'une loi applicable au fond « moins développée » en matière de droits humains appliquée par un juge d'un Etat à la protection « plus développée ». Mais il n'en reste que l'on ne peut faire dire à la loi applicable plus que ce qu'elle prévoit.

743. Peut-on demander, alors, l'application d'une autre loi ? La règle générale de la *lex loci damni* est assortie de quelques exceptions. Ainsi, face au principe général, on applique la loi du pays de la résidence habituelle commune du responsable et de la partie lésée, au moment de la vérification du dommage (art. 4, par. 2). Il est vrai que dans notre contexte probablement il s'agira encore de la loi du pays où les violations ont été commises sauf si les victimes ont la résidence habituelle dans

572. Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), OJ L 199, 31 juillet 2007, p. 40-49.

573. Il s'agit d'une notion autonome du droit de l'UE (voir cons. 11). Est dommage direct toute atteinte aux biens, patrimoniaux ou non, lié par un rapport de causalité nécessaire du fait qu'il a provoqué le dommage. En conséquence, cette règle ne pourrait pas être appliquée en cas de requête uniquement des dommages indirects.

le pays de la société-mère et que le juge décide de percer le voile social de la filiale. La clause échappatoire de l'article 4, paragraphe 3 permet au juge

«s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique. Un lien manifestement plus étroit avec un autre pays pourrait se fonder, notamment, sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat, présentant un lien étroit avec le fait dommageable en question».

Mais les applications ne sont pas dans notre contexte.

744. Le règlement Rome II prévoit, à l'article 7⁵⁷⁴, une règle spéciale en matière d'atteinte à l'environnement. Il s'agit d'une règle innovatrice, surtout en considérant la connexion entre cet acte illicite et l'activité commerciale, et elle découle de la prévision de l'article 174 du TFUE, qui postule «un niveau de protection élevé et qui est fondé sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de correction à la source et sur le principe du pollueur-payeur». Ce qui justifie pleinement le recours au principe du traitement favorable à la personne lésée⁵⁷⁵. Ici, la victime a donc le choix d'exercer selon les règles de procédure du juge saisi, entre la *lex loci damni* et la *lex loci facti*, c'est-à-dire la loi du pays dans lequel le fait générateur du dommage s'est produit. Si la victime arrive à démontrer que la conduite dommageable de la filiale a été ordonnée par la société-mère dont le siège est dans un Etat membre de l'UE, la loi de ce dernier pays peut être applicable par le biais de l'article 7 du règlement Rome II.

745. Des autres questions de conflits de lois peuvent se poser à propos des codes de conduite incarnant la RSE de l'entreprise transnationale. Ils peuvent concerner la «contractualisation des droits de l'homme», les contrats de travail, la publicité mensongère et les pratiques commerciales déloyales. Toutefois, ces questions ont déjà été évoquées dans le chapitre III et l'on ne peut que renvoyer *ad ipsum locum*.

574. «La loi applicable à une obligation non contractuelle découlant d'un dommage environnemental ou de dommages subséquents subis par des personnes ou causés à des biens est celle qui résulte de l'application de l'article 4, paragraphe 1, à moins que le demandeur en réparation n'ait choisi de fonder ses prétentions sur la loi du pays dans lequel le fait générateur du dommage s'est produit».

575. Considérant n° 25.

746. Il reste que, même si dans l'application de la loi compétente, le juge saisi va «s'asseoir comme le juge étranger» il pourra faire application de ses «lois de police, ou dispositions impératives, plutôt que de la loi étrangère et, s'il applique la loi étrangère, pourra en écarter les dispositions jugées manifestement incompatibles avec l'ordre public de la loi du for»⁵⁷⁶.

2. Protection des droits de l'homme par les lois de police et l'ordre public

747. Il est très rare que le législateur précise expressément le caractère de lois de police des droits de l'homme. Cependant, leur contenu aussi bien que les objectifs poursuivis incitent à les qualifier de lois de police, applicables dès qu'une atteinte aux droits de l'homme est survenue (par exemple à l'environnement ou dans un contrat de travail), quel que soit le siège des sociétés concernées, donc y compris lorsque la société-mère, voire la filiale, a son siège à l'étranger.

En revanche, pour les mêmes raisons, il ne s'agit pas de dispositions simplement impératives dont l'application est subordonnée à leur désignation par la règle de conflit du juge saisi.

748. Du point de vue du droit international privé, les lois de police s'analysent par des mesures ayant une nature impérative dans les rapports internes comme transnationales. Par conséquent, si la *lex causae* est la loi d'un Etat qui a édicté lesdites mesures, elles en font déjà partie, s'agissant de l'ordre juridique compétent, de la loi applicable désignée par la règle de conflit. En revanche, si la *lex causae* est celle d'un autre Etat, elles restent applicables au titre de lois de police du for. Si le for est celui de l'Etat qui les a édictées elles seront des lois de police nationales. Si le for est étranger il s'agira, du point de vue de la *lex fori*, de lois de police étrangères⁵⁷⁷.

749. Or, s'il s'agit de lois de police du for, dans tout ordre juridique que nous connaissons, elles sont applicables telles quelles.

En revanche, si elles sont des lois de police étrangères, le droit international privé comparé révèle des approches divergentes, allant de leur inefficacité à leur efficacité relative.

576. Ainsi, IDI, résolution de Milan, *L'activité du juge interne et les relations internationales de l'Etat*, 1993.

577. La distinction est particulièrement pertinente devant un juge de l'Union européenne dans le cadre de l'application du règlement Rome I et Rome II. Voir, *inter multos*, M. Audit, S. Bollée et P. Callée, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 2^e éd., Paris, 2016, p. 94.

La deuxième solution est prévue dans l'UE et dans le cadre du règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles⁵⁷⁸. Ici, l'article 9.3 prévoit que :

«Il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application.»

Or, dans ce cadre, un cadre d'efficacité relative, les droits de l'homme peuvent guider le juge comme l'arbitre⁵⁷⁹ dans la sélection des lois de police étrangères.

750. Enfin, on sait bien que si le résultat de l'application de la loi étrangère est contraire à la loi du juge saisi, elle peut être écartée si son contenu présente une incompatibilité manifeste avec l'ordre public du for. En droit international privé, l'ordre public est un mécanisme de défense du for face à une règle étrangère jugée choquante⁵⁸⁰. L'exception d'ordre public permet d'évincer la loi normalement applicable désignée par la règle de conflit du for, il s'agit d'un correctif qui joue essentiellement dans le domaine des droits de la personne et des droits fondamentaux⁵⁸¹.

751. Ainsi, dans les règlements de droit international privé européen (Bruxelles 1 *bis*, Rome 1 et 2, notamment), la réserve de l'ordre public est normale et généralisée. Cependant, en l'état actuel du droit positif, l'exception d'ordre public doit faire l'objet d'une interprétation restrictive. Cette règle découle de la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE, ainsi que de la présence systématique de l'adverbe

578. Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), OJ L 177, 4 juillet 2008, p. 6-16.

579. Cf. L. Radicati di Brozolo, «Arbitrage commercial international et lois de police», *Recueil des cours*, tome 315 (2006), p. 279 ss.

580. Pour une étude d'ensemble en droit international privé comparé, voir P. Lagarde, «Public Policy», dans K. Zweigert et U. Drobnig (dir. publ.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, volume III : Private International Law, chapitre 11, 1994.

581. Voir par exemple 1^{re} Civ., 8 juillet 2010, pourvoi n° 08-21.740, Bulletin 2010, I, n° 162. Voir aussi L. Gannagé, «L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs», dans *Travaux du comité français de droit international privé, années 2006-2008*, Paris, Pedone, 2009, p. 205 ; B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, Economica, 6^e éd., 2010, n° 317.

«manifestement» dans les dispositions relatives à l'ordre public. Ainsi, par exemple, dans le règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles, l'article 21 n'autorise l'éviction de la loi étrangère que si l'application de celle-ci est «manifestement incompatible avec l'ordre public du for». La même règle se retrouve à l'article 26 du règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations extracontractuelles.

752. Dans le contexte de l'Union européenne, l'ordre public se concrétise notamment par l'adhésion commune aux droits fondamentaux véhiculés par la Convention européenne des droits de l'homme et par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, désormais intégrée dans les traités (art. 6 du Traité sur l'Union européenne)⁵⁸².

753. En droit international privé, l'ordre public international se manifeste aussi par la primauté des conventions internationales et par les principes de justice universelle considérés, dans le for, comme doués de valeur internationale absolue⁵⁸³. Ces principes de justice universelle comprennent l'ensemble des droits ayant pour objectif la protection de la personne humaine et de sa dignité, ainsi que les droits fondamentaux.

3. *Une protection des droits de l'homme au stade de la reconnaissance et de l'exécution des décisions*

754. Une fois rendu, un jugement doit pouvoir être exécuté. Le droit d'accès des victimes à la justice est complet si les jugements rendus sont appliqués effectivement et deviennent exécutoires, *res judicata*, à l'encontre des défendeurs, auteurs ou complices des atrocités commises.

755. Lorsque le litige a été porté initialement devant un tribunal étranger, dont le jugement est ensuite invoqué dans un autre Etat, ce jugement n'est efficace au regard de l'ordre juridique de ce dernier Etat que s'il répond à certaines conditions de régularité, au nombre desquelles figure la compétence du tribunal étranger qui l'a rendu. Cette compétence du juge étranger d'origine est couramment dénommée «compétence indirecte». L'esprit des règles de contrôle de conformité des jugements étrangers à l'ordre public international du juge requis

582. Sur les différentes notions ou plutôt *dimensions* de l'ordre public voir B. Audit et L. D'Avout, *Droit international privé, op. cit.*, p. 328 ss. Adde S. Poillot-Peruzzetto, «Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire», *TCFDIP*, 2002-2004, p. 65 ss ainsi qu'A. Bucher, «L'ordre public et le but social des lois en droit international privé», *Recueil des cours*, tome 239 (1993), p. 9-116.

583. P. Mayer, «La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes de droit international privé», *RCDIP*, 1991, p. 651 ss.

constitue une soupape de sécurité protégeant l'Etat d'accueil contre l'introduction d'une décision ou d'un acte contraire à ses valeurs fondamentales, de fond et de procédure. Ces valeurs ne peuvent être que les droits humains selon la conception du for et, pour les Etats européens, selon le droit vivant de la Convention européenne des droits de l'homme. A ce propos, la résolution de l'Institut de droit international de Lisbonne de 1995, auparavant citée, avait bien indiqué que :

« La reconnaissance ou l'exécution d'une décision judiciaire ou d'une sentence arbitrale – remplissant par ailleurs les conditions de reconnaissance ou d'exécution selon les règles en vigueur dans l'Etat où est demandée la reconnaissance ou l'exécution – qui a établi la responsabilité d'une société-mère, d'une entité de contrôle ou d'une autre société membre de l'entreprise multinationale, ne devrait pas être refusée par cet Etat si la responsabilité a été établie en conformité avec les présents Principes. »

Ainsi, il faut envisager des situations limites comme celle de la sous-capitalisation de la société filiale locale ou encore d'un jugement prononcé sur la base du *forum necessitatis*. Il est clair que la protection des droits de l'homme des victimes se fait aussi à ce stade, en levant les obstacles formels qui pourraient empêcher dans le for l'*exequatur* des jugements étrangers.

756. Sans expressément parler d'un effet atténué automatique, la résolution ILA de 2012, à l'article 5, envisage des effets similaires en matière de « reconnaissance et exécution des jugements » prévoyant ce qui suit :

« 5.1 Si le tribunal d'origine était compétent en vertu des paragraphes 2.1, 2.2 ou 2.3 des présentes lignes directrices, le tribunal requis ne statuerait pas à nouveau sur la compétence du tribunal d'origine.

5.2 La réciprocité ne doit pas être exigée.

5.3 Sous réserve des paragraphes 5.1 et 5.2, le tribunal requis applique ses propres règles de reconnaissance ou d'exécution. »

757. Dans ce contexte, il semble logique – mais il faut attendre la pratique des Etats – que l'*exequatur*, c'est-à-dire l'ordre d'exécution donné par une juridiction étrangère au jugement sur le fond, ne soit pas refusé sur la base du manque de réciprocité ou d'atteinte à l'ordre public de l'Etat. Bref, on devrait s'attendre à un *exequatur* simplifié,

du moins dans un Etat respectueux des droits de l'homme ou qui se déclare tel.

758. Tout d'abord, la condition de réciprocité étant de nature bilatérale devrait céder devant des considérations d'ordre multilatéral. Si les deux Etats sont parties au même traité multilatéral de protection des droits de l'homme, *ipso iure*, la réciprocité devrait être paralysée.

759. Ensuite, en ce qui concerne l'ordre public, il suffit de noter que les traités de protection des droits de l'homme ont un effet d'irrigation de l'ordre public international des Etats parties à chaque traité. Du moins la Cour de cassation italienne a depuis longtemps reconnu que la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 comme les autres traités de protection font partie de l'ordre public international italien⁵⁸⁴.

760. En revanche, le même raisonnement empêche l'*exequatur* d'un jugement ou d'autre acte public étranger non conforme aux droits de l'homme en vigueur dans le for du juge saisi. Autrement dit, l'ordre public peut être négatif et introduire des contre-limitations à l'*exequatur* d'un jugement étranger ou même international en violation des droits humains en vigueur dans le for. La saga *Ferrini*, en Italie, l'a bien démontré et la Cour de cassation italienne⁵⁸⁵ comme la Cour constitutionnelle⁵⁸⁶ ont rendu, en cette matière, des arrêts célèbres qui confirment une approche qui a été suivie aussi par la Cour de justice de l'UE dans l'affaire *Kadi*⁵⁸⁷.

761. D'ailleurs la question s'est posée de savoir quel effet le juge interne devait reconnaître aux nationalisations auxquelles avaient procédé certains Etats étrangers, alors que celles-ci avaient un caractère confiscatoire, les sociétés dont les biens avaient été nationalisés n'ayant pas obtenu une indemnité équitable. Ainsi les juges internes des différents Etats ont refusé de reconnaître un quelconque effet à de telles nationalisations jugées contraires à l'ordre public.

762. De plus, il suffit de penser à un jugement où certains éléments du droit au procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme n'auraient pas été respectés : la

584. Cf. F. Mosconi et C. Campiglio, *Diritto internazionale privato*, I, 7^e éd., Turin, Utet, 2015, p. 260 ss; B. Barel et S. Armellini, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Milan, Giuffrè, 2016, p. 118 ss.

585. *ILR*, volume 129, p. 513.

586. Voir N. Ronzitti, «La Cour constitutionnelle italienne et l'immunité juridictionnelle des Etats», *AFDI*, 2014, p. 3-15.

587. Voir CJUE, *Kadi I*, Affaires jointes C-402/05 P et C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461.

décision ne sera ni reconnue ni exécutée sur le territoire de l'Etat d'accueil.

763. Enfin, on peut penser à l'hypothèse où une loi étrangère discriminatoire aurait été appliquée par le tribunal étranger. Ici, il convient de remarquer, qu'un certain nombre de pays (notamment l'Allemagne, le Luxembourg, la France et le Portugal) retiennent en la matière le principe de l'ordre public atténué, qui permet de reconnaître une décision rendue par un tribunal étranger en application d'une loi qui aurait été évincée au nom de l'ordre public par le tribunal du for. La justification de l'ordre public atténué est la nécessité d'assurer la continuité du statut juridique des personnes dont la situation a déjà été tranchée. Au nom de cette nécessité, l'éventuelle contrariété à l'ordre public de la décision étrangère ne sera prononcée que dans des cas très exceptionnels.

Cependant, les activités commerciales ou d'entreprises qui ont produit des violations de droits de l'homme ne semblent pas remplir ces critères.

764. Bref, l'ordre public est le « centre de gravité » naturel des droits de l'homme, aussi en matière d'*exequatur*. En plus, rien ne s'oppose à ce que « le juge national contrôle l'application du droit international par le biais de l'appréciation de la validité internationale des actes des gouvernements étrangers dont il lui est demandé de reconnaître les effets dans son for »⁵⁸⁸. Par conséquent, le juge devrait refuser de donner effet à des actes publics étrangers qui enfreignent le droit international⁵⁸⁹. Il s'ensuit aussi l'impossibilité de se prévaloir de décisions étrangères contraires aux droits de l'homme.

588. Carreau, Marrella, *Droit international*, p. 701.

589. IDI, résolution de Milan, *L'activité du juge interne et les relations internationales de l'Etat*, 1993.

CHAPITRE V

L'ACCÈS DES VICTIMES À DES MÉCANISMES NON ÉTATIQUES OU PARAÉTATIQUES DE RÉCLAMATION

765. Les mécanismes administratifs, législatifs et autres mécanismes non judiciaires jouent un rôle essentiel en complément ou en remplacement des mécanismes judiciaires. Or, si le droit à un recours est exprimé en termes d'accès au juge étatique compétent, il faut relever que les mécanismes judiciaires ne sont pas les seuls moyens de faire respecter les droits de l'homme.

766. Faire respecter les droits de l'homme est l'une des obligations fondamentales de l'Etat, comme on l'a dit dans la première partie de ce cours, et veut dire ici donner effet aux demandes de réparation des victimes des violations. Toutefois, même s'il existe un pouvoir judiciaire indépendant et impartial il serait erroné de penser que toute la responsabilité de faire respecter les droits de l'homme pèse sur les juges étatiques.

767. En effet, il faut souligner l'importance des mécanismes des droits de l'homme de nature non judiciaire, relevant de l'Etat, tels que les inspections du travail, les autorités de protection des consommateurs et les agences environnementales, les commissions nationales des droits de l'homme, les institutions des défenseurs des droits (*ombudsperson*) et les instances nationales chargées de l'égalité, ainsi que les recours qu'ils peuvent fournir à cet effet.

768. Ceci revient à dire qu'au-delà des salles des tribunaux, les droits de l'homme sont l'affaire de tous les ministères – de ceux responsables de domaines tels que la santé, l'éducation, le logement ou l'emploi, qui ont été au centre des objectifs actuels, mais aussi de ceux des finances, du commerce et des affaires étrangères –, des banques centrales, des organismes compétents pour les infrastructures et d'autres acteurs déterminants de la politique économique et sociale.

769. La décentralisation de l'Etat augmente le rôle relatif des collectivités locales. Les administrations locales, municipales et régionales jouent également un rôle important dans la promotion et la protection des droits de l'homme, parce que le gouvernement central décentralise une grande partie de la prestation de nombreux services sociaux essentiels.

770. L'application des droits de l'homme n'est pas uniquement une question de sanctions; cela consiste aussi à veiller à ce que des mécanismes justes et systématiques soient mis en place pour évaluer le respect par les individus, les entreprises et les institutions des normes et à adopter les mesures correctives appropriées. La dimension exécutoire est donc complémentaire aux autres dans l'accomplissement des fonctions préventives et correctives de la responsabilisation.

771. Bien que leurs fonctions et mandats varient, les mécanismes non juridictionnels de responsabilisation doivent contrôler le respect des normes relatives aux droits de l'homme, examiner de manière indépendante les performances du gouvernement et recommander des mesures de recours, réparation ou de correction en cas de non-conformité.

772. Les mécanismes non judiciaires, tels que la médiation, la conciliation et l'arbitrage, peuvent s'avérer utiles pour résoudre les litiges concernant les violations – du moins les moins graves – des droits de l'homme sans passer par la voie judiciaire. Le recours à ces mécanismes est normalement garanti sans préjudice du droit à un recours juridictionnel. Ces mécanismes peuvent jouer un rôle important en complément du système judiciaire, à condition qu'ils soient conformes au droit international des droits de l'homme, ainsi qu'aux normes et aux principes internationaux relatifs à l'efficacité, à la célérité, aux garanties d'une procédure régulière et à l'équité.

A. L'accès aux Points de contact nationaux OCDE

773. Comme la grande majorité des entreprises transnationales est domiciliée dans les Etats membres de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE)⁵⁹⁰ et que ces mêmes Etats se sont engagés à respecter les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales de 2011 (Principes directeurs de l'OCDE dont on a parlé dans le chapitre III de ce cours), le rôle de l'OCDE est important⁵⁹¹. De tels principes invitent les entreprises au respect d'un certain nombre de règles, notamment en matière de droits de l'homme,

590. Cf. CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2013*, UNCTAD/WIR/2013, 26 juin 2013, «Annexe tableau 28: The World's Top 100 Non-Financial TNCs, Ranked by Foreign Assets 2012», <http://unctad.org/en/Pages/DIAE/World%20Investment%20Report/Annex-Tables.aspx>.

591. Organisation de coopération et développement économiques (OCDE), *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, 2011, <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>.

droits sociaux fondamentaux et de protection de l'environnement. Bien que non contraignants, ces principes font l'objet d'un mécanisme de suivi reposant sur des «points de contact nationaux» (NPC – *National Contact Points*) dans chaque Etat ayant adhéré. En cas de différend à propos de l'application ou de l'interprétation de ces principes, les Points de contacts nationaux (PCN), sont mis à disposition des personnes ou organisations pour les résoudre.

774. Les PCN, en effet, ont pour objectif de promouvoir les Principes directeurs en les diffusant au sein de leurs pays respectifs et en informant les investisseurs potentiels désireux d'investir dans le pays de leur contenu. C'est pourquoi les PCN ont également pour fonction d'assurer le suivi de la mise en œuvre de ces principes. Ils sont ainsi chargés d'offrir une plate-forme de médiation en cas de violation des droits de l'homme par des entreprises privées.

775. D'après les Principes directeurs de l'OCDE, les PCN peuvent prendre différentes formes d'organisation. Ainsi, certains dépendent du gouvernement, ou d'un corps interministériel, alors que d'autres sont plus indépendants vis-à-vis de l'administration. Si de nombreux pays ont fait de leur PCN une instance administrative de leur ministère de l'Economie, quelques-uns, à l'instar des Pays-Bas, l'ont muni de compétences assez proches de celles d'un tribunal. Dans d'autres pays encore, le PCN est à peine présent. Ces différences pratiques ont une influence sur le nombre de violations des principes directeurs des condamnations et sur la forme de ces «condamnations».

776. Les méthodes utilisées par les PCN varient sensiblement d'un Etat à un autre. En effet, certains PCN n'ont recours qu'à la médiation tandis que d'autres n'hésitent pas à enquêter, au risque de condamner une entreprise. Bref, le PCN est un mécanisme non judiciaire. Sa fonction première n'est donc pas celle de sanctionner les entreprises qui violent les Principes directeurs de l'OCDE. Dans le cas d'une violation des Principes directeurs constatée par le PCN, celui-ci ne fournit normalement que des recommandations à l'entreprise. Les résultats de la procédure de médiation peuvent être publiés dans le rapport annuel du PCN.

777. C'est pourquoi, le PCN a fait l'objet de critiques par la «société civile». Mais il ne faut pas confondre le PCN avec un juge et il faut savoir apprécier le peu d'avantages qu'il offre dans un monde où l'impunité est très diffusée.

778. En effet, le PCN peut être saisi par des acteurs aussi divers que des syndicats, des ONG, des ministres, et également des entreprises

concurrentes ou encore des particuliers, et peut aussi s'autosaisir. Les possibilités de saisine du PCN sont d'autant plus larges que celui-ci exerce une forme de compétence extraterritoriale. En effet, il est possible de le saisir à raison de l'action d'une entreprise dont le siège est situé dans le pays du PCN, mais également lorsque l'action résulte de sa filiale située à l'étranger.

779. La saisine du PCN se fait par la procédure dite de circonstance spécifique et comprend plusieurs étapes. La première phase est celle de l'évaluation initiale. Lorsqu'une plainte est soumise à un PCN, il doit procéder à une évaluation initiale pour déterminer si le cas nécessite un examen plus approfondi. Ensuite, c'est la deuxième phase, le PCN essaiera de réunir les plaignants et l'entreprise pour arriver à une solution à travers un processus de médiation et de conciliation⁵⁹². Enfin, dans la troisième phase, le PCN publie une déclaration finale sur la plainte et le processus de médiation. Dans ce cadre, le PCN devrait décrire les violations et les recommandations sur la mise en œuvre des Principes directeurs.

780. Il n'y a pas de possibilités de « litispendance » ou de procédures parallèles, soit entre PCN de différents Etats, soit entre un PCN et le juge interne. De plus en plus fréquemment, des PCN refusent de se prononcer sur une question tant qu'une décision à ce sujet est pendante devant une juridiction.

781. Bref, même dépourvu de force juridique, l'ensemble de ces principes ne dispose pas moins d'un impact pratique tiré de ce que l'on a pu appeler « la mobilisation de la honte », c'est-à-dire de la pression exercée sur les entreprises soucieuses de ne pas voir leur image ternie auprès des gouvernements comme de leurs partenaires en cas de violation avérée.

782. On peut citer, comme exemple, l'affaire *ACCOR* traitée par le PCN français en 2015. Ici, le PCN avait été saisi le 8 novembre 2010 par l'Union internationale des travailleurs de l'alimentation, de l'agriculture, de l'hôtellerie-restauration, du tabac et des branches connexes (UITA) concernant les activités du groupe ACCOR dans trois hôtels en Ontario (Canada) ainsi qu'à Cotonou au Bénin. L'UITA dénonçait des pratiques antisyndicales et soulignait que cette situation contrevenait à l'accord-cadre international ACCOR-UITA de 1995. En

592. Dans les cas où l'une des parties refuse de participer au processus de médiation, si les parties ne peuvent s'entendre sur les modalités de la médiation ou si la médiation échoue, le PCN devrait malgré tout publier une déclaration finale et expliquer ces circonstances.

l'absence de PCN au Bénin, et après concertation avec le PCN canadien, le PCN français avait été chargé de la saisine, le siège du groupe étant en France. La saisine visait l'article 1.a) du chapitre emploi des Principes directeurs de 2000⁵⁹³ :

«les entreprises devraient, dans le cadre des lois et règlements applicables et des pratiques en vigueur en matière d'emploi et de relations du travail : Respecter le droit de leurs salariés d'être représentés par des syndicats et d'autres organisations légitimes de salariés et engager, soit individuellement, soit par l'intermédiaire d'associations d'employeurs, des négociations constructives avec ces représentants, en vue d'aboutir à des accords sur les conditions d'emploi».

Après avoir offert ses bons offices aux parties, le PCN avait clôturé la saisine en décembre 2012.

Dans son communiqué du 11 décembre 2012⁵⁹⁴, il constatait que le Groupe ACCOR n'avait pas respecté la recommandation des Principes directeurs concernant la liberté de représentation des travailleurs dans les trois hôtels d'Ontario et leur droit de mener des négociations constructives à Cotonou.

Le PCN notait que, suite à la décision de la commission des relations du travail de l'Ontario (CRTO) concernant l'un des hôtels, le Groupe s'engageait à résoudre les différends persistants en Ontario, où régnait un fort climat de tension.

Le PCN notait également les efforts du Groupe ACCOR pour raviver le dialogue social au Bénin.

Le PCN recommandait au Groupe de mettre en place un dialogue constructif en Ontario et de poursuivre le dialogue social au Bénin en prenant en considération les Principes directeurs de l'OCDE de 2011 notamment l'article A1 des Principes généraux sur la contribution des entreprises au développement durable et les articles 1a, 1b et 3 du chapitre emploi sur la liberté d'association, la négociation collective et la consultation entre employeurs et travailleurs. Le PCN a maintenu des échanges avec le Groupe ACCOR et l'UITA afin de suivre ses recommandations.

593. La saisine datant de novembre 2010, elle fait référence à la version des Principes directeurs de 2000. L'article V-1a a été modifié lors de la révision de mai 2011 qui a ajouté un article V-1b sur les négociations collectives.

594. http://www.tresor.economie.gouv.fr/5731_Les-communiqués-du-PCN.

B. L'accès aux Institutions nationales de défense des droits de l'homme (INDH) et aux organes parlementaires

783. Les Institutions nationales des droits de l'homme jouent un rôle unique dans le contrôle de l'application des droits de l'homme ainsi que dans l'établissement de la responsabilité des institutions de l'Etat et des acteurs non étatiques.

784. Une Institution nationale des droits de l'homme (INDH) est un organisme autonome établi par l'Etat qui a le mandat constitutionnel ou législatif de protéger et de promouvoir les droits de l'homme. La Déclaration et le Programme d'action de Vienne (1993) recommandaient l'établissement des INDH conformément aux Principes de l'ONU applicables au statut et au fonctionnement des institutions nationales de protection et de promotion des droits de l'homme de 1991 (d'ores et déjà en avant les Principes de Paris)⁵⁹⁵.

785. Les Principes de Paris définissent les normes minimales internationales concernant le statut et le fonctionnement des INDH⁵⁹⁶. Ils ne dictent pas la forme précise que doivent prendre les INDH, mais sont plutôt formulés de manière à correspondre au large éventail de formes institutionnelles.

786. La forme que prennent les INDH varie entre les Etats. Les formes institutionnelles couramment adoptées par les INDH comprennent les commissions, les institutions consultatives, les bureaux de l'ombudsman et les bureaux de défenseurs publics.

787. L'importance des INDH a été soulignée par le Comité relatif aux droits de l'enfant de l'ONU dans son observation générale n° 2 de 2002⁵⁹⁷ ainsi que par le Comité des droits économiques, sociaux et

595. Le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies salue

«le rôle important des institutions nationales des droits de l'homme établies en conformité avec les Principes de Paris dans le domaine des entreprises et des droits de l'homme et encourage les institutions nationales des droits de l'homme à continuer de développer leur capacité à remplir efficacement ce rôle, notamment avec le soutien du Haut-Commissariat et en contact avec tous les acteurs concernés».

596. Nations Unies, Principes concernant le statut des institutions nationales (Principes de Paris): La résolution sur les institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme (A/RES/48/134, 4 mars 1994): http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/48/134. A ce sujet, voir parmi une vaste littérature, G. de Béco et R. Murray, *A Commentary on the Paris Principles on National Human Rights Institutions*, Cambridge, 2015.

597. Comité relatif aux droits de l'enfant, observation générale n° 2, Le rôle des institutions nationales indépendantes de défense des droits de l'homme dans la protection et la promotion des droits de l'enfant, (trente-deuxième session 2003), UN doc. CRC/GC/2002/2 (2002). Voir *inter alia*, son article 1 :

culturels, dans son observation générale n° 10 de 1998⁵⁹⁸. Ce dernier, en particulier, note que les INDH

«englobent les commissions nationales des droits de l'homme, les bureaux des médiateurs, les défenseurs de l'intérêt général et les militants des droits de l'homme ainsi que les défenseurs du peuple et les *défensores del pueblo*. Dans de nombreux cas, l'institution a été créée par le gouvernement, elle jouit d'un degré important d'autonomie par rapport à l'exécutif et au législatif, elle tient pleinement compte des normes internationales relatives aux droits de l'homme qui s'appliquent au pays considéré et elle est chargée d'accomplir des activités diverses dans le domaine de la promotion et de la protection des droits de l'homme. Des institutions de ce type ont été créées dans des Etats ayant des cultures juridiques très différentes, quelle que soit leur situation économique»⁵⁹⁹.

788. L'ONU définit une institution nationale des droits de l'homme comme étant un organe gouvernemental créé en vertu d'un texte constitutionnel ou législatif, dont les fonctions visent spécifiquement à promouvoir et à protéger les droits de l'homme. Toutefois, si les Institutions nationales des droits de l'homme reçoivent leur autorité de

«En vertu de l'article 4 de la Convention relative aux droits de l'enfant, les Etats parties sont tenus de «prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la présente Convention». Les institutions nationales indépendantes de défense des droits de l'homme (INDH) constituent un mécanisme propre à contribuer de manière importante à promouvoir et assurer la mise en œuvre de la Convention, et le Comité des droits de l'enfant considère que la mise en place de tels organes entre dans le champ de l'engagement pris par les Etats parties lors de la ratification de la Convention de s'attacher à la mettre en œuvre et d'œuvrer à la réalisation universelle des droits de l'enfant. Dans cette optique, le Comité a accueilli avec satisfaction la mise en place dans un certain nombre d'Etats parties d'INDH et de médiateurs ou commissaires pour les enfants et autres organes indépendants de cet ordre aux fins de la promotion et de la surveillance de l'application de la Convention.»

598. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, observation générale n° 10, UN doc. E/C.12/1998/25 (1998):

«Le Comité constate que l'un des moyens par lesquels des mesures importantes peuvent être prises consiste à faire appel aux institutions nationales qui œuvrent pour la promotion et la protection des droits de l'homme. Ces dernières années, ces institutions ont proliféré et cette évolution a été vivement encouragée par l'Assemblée générale et par la Commission des droits de l'homme. Le Haut-Commissariat aux droits de l'homme a mis sur pied un programme de grande envergure pour aider et encourager les Etats dans leur action vis-à-vis des institutions nationales.»

599. Article 2.

l'Etat elles sont des institutions indépendantes qui font le pont entre la société civile et le gouvernement.

789. Ainsi, les INDH visent à combler l'écart au niveau de la protection entre les droits des individus et les obligations et responsabilités de l'Etat.

790. Leurs compétences et attributions sont décrites dans les Principes de Paris en tant que «responsabilités». Il s'agit des deux principales «responsabilités»: promotion et protection des droits de l'homme.

791. Au niveau de la promotion des droits de l'homme les INDH doivent savoir créer une culture nationale des droits de l'homme dans laquelle prospèrent les valeurs de tolérance, d'égalité et de respect mutuel.

792. Au niveau de la protection des droits de l'homme, les INDH doivent contribuer à déceler et à instruire les violations des droits de l'homme, pour traduire les auteurs de violations des droits de l'homme en justice, et apporter aux victimes recours et réparation. Ils peuvent normalement arriver à formuler des avis, des recommandations ou même former des recours devant les tribunaux du for.

793. De ces deux rôles fondamentaux – promouvoir et protéger – découlent diverses responsabilités et fonctions transverses qui mêlent des éléments de ces deux rôles. Ces activités sont indiquées dans lesdits Principes de Paris. Ici, à l'article 3, on énumère les attributions suivantes :

«a) Fournir à titre consultatif au gouvernement, au parlement et à tout autre organe compétent, soit à la demande des autorités concernées, soit en usant de sa faculté d'autosaisine, des avis, recommandations, propositions et rapports concernant toutes questions relatives à la promotion et à la protection des droits de l'homme ; les institutions nationales peuvent décider de les rendre publics ; ces avis, recommandations, propositions et rapports ainsi que toute prérogative des institutions nationales se rapportent aux domaines suivants :

i) Les dispositions législatives et administratives et les dispositions relatives à l'organisation judiciaire dont l'objet est de protéger et d'étendre les droits de l'homme ; à cet égard, les institutions nationales examinent la législation et les textes administratifs en vigueur, ainsi que les projets et propositions de lois, et font les recommandations qu'elles estiment appropriées pour que ces textes se conforment aux principes fondamentaux des

droits de l'homme ; elles recommandent, si nécessaire, l'adoption d'une nouvelle législation, l'adaptation de la législation en vigueur, et l'adoption ou la modification des mesures administratives ;

ii) Les cas de violations des droits de l'homme dont elles décideraient de se saisir ;

iii) L'élaboration de rapports sur la situation nationale des droits de l'homme en général, ainsi que sur des questions plus spécifiques ;

Attirer l'attention du gouvernement sur les cas de violations des droits de l'homme où qu'ils surviennent dans le pays, lui proposer toutes initiatives tendant à y mettre fin et, le cas échéant, émettre un avis sur les positions et réactions du gouvernement ;

b) Promouvoir et assurer l'harmonisation des lois, des règlements et des pratiques en vigueur sur le plan national avec les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, auxquels l'Etat est partie, et leur mise en œuvre effective ;

c) Encourager la ratification de ces instruments ou l'adhésion à ces textes, et s'assurer de leur mise en œuvre ;

d) Contribuer aux rapports que les Etats doivent présenter aux organes et comités des Nations Unies, ainsi qu'aux institutions régionales, en application de leurs obligations conventionnelles et, le cas échéant, émettre un avis à ce sujet, dans le respect de leur indépendance ;

e) Coopérer avec l'Organisation des Nations Unies et tout autre organisme des Nations Unies, les institutions régionales et les institutions nationales d'autres pays qui ont compétence dans les domaines de la promotion et de la protection des droits de l'homme ;

f) Coopérer à l'élaboration de programmes concernant l'enseignement et la recherche sur les droits de l'homme et participer à leur mise en œuvre dans les milieux scolaires, universitaires et professionnels ;

g) Faire connaître les droits de l'homme et la lutte contre toutes les formes de discrimination, notamment la discrimination raciale, en sensibilisant davantage l'opinion publique, notamment par l'information et l'enseignement, et en faisant appel à tous les organes de presse. »

794. En général, les institutions nationales des droits de l'homme n'ont pas de pouvoir d'exécution, même si certaines peuvent saisir les

tribunaux. Leur rôle direct dans la protection des droits de l'homme, variable selon la *lex loci incorporationis*, peut se résumer comme suit : investigations ; règlement des différends selon d'autres voies que celles de la justice étatique ; recherche de recours ou de réparations devant les cours ou tribunaux spécialisés, y compris recours en *amicus curiae*, le cas échéant ; enregistrement de plaintes individuelles (dans le cas des INDH ayant des compétences quasi juridictionnelles), enquêtes publiques ; suivi.

795. Lorsque c'est le cas, la mise en œuvre de leurs décisions et recommandations dépend essentiellement du consentement de l'Etat et du soutien du public. Néanmoins, les institutions nationales de défense des droits de l'homme peuvent être chargées de recevoir des plaintes, d'enquêter sur celles-ci et d'intervenir en qualité de médiateur auprès des parties concernées, de mener des enquêtes publiques sur les cas de violations massives, de jouer le rôle de médiateur en cas de litige et de procéder à la révision des textes de loi pour veiller à ce que ceux-ci soient conformes aux droit international des droits de l'homme.

796. C'est pourquoi les INDH sont de plus en plus appelées à exercer un rôle émergent et croissant dans le domaine de la collaboration avec le monde des affaires – et de sa supervision –, en reconnaissant le rôle crucial et justifié du secteur privé dans les contextes nationaux, régionaux et multinationaux.

797. A leur tour, les individus et les groupes peuvent collaborer avec ces institutions – le nom de *Defensoria del pueblo* dans la langue espagnole est particulièrement évocateur – à plusieurs niveaux. Ces dernières jouent un rôle quasi judiciaire lorsqu'elles enquêtent sur les plaintes individuelles ou recherchent une réparation en justice à travers des procédures amiables et des actions d'intérêt public⁶⁰⁰.

798. Dans la pratique des Etats, on constate que de nombreux facteurs rendent l'action des INDH fort inégale à cause des restrictions

600. Ainsi, par exemple, au Pérou, la *Defensoría del Pueblo* a favorisé le dialogue et est intervenue dans des différends entre les communautés, les prestataires de services et la SUNASS, l'autorité nationale de régulation pour le secteur de l'eau et de l'assainissement. Grâce à son étude intitulée « Ciudadanos sin agua : Análisis de un derecho vulnerado » (2005), elle a convaincu la SUNASS de prendre des résolutions qui l'obligent à répondre à toutes les plaintes relatives à ses opérations et à élaborer des lignes directrices pour un tribunal d'examen administratif national qui pourrait agir comme organe de dernier recours sur les plaintes des utilisateurs. Selon la *Defensoría*, la plupart des fournisseurs se montrent coopératifs, mais beaucoup n'ont toujours pas mis en place de système de dépôt et de suivi des plaintes. Elle propose de collaborer avec la SUNASS et les fournisseurs au développement d'une procédure de plainte uniformisée. Voir Catarina de Albuquerque et Virginia Roaf, *On the Right Track : Good Practices in Realizing the Rights to Water and Sanitation*, 2012.

à leur mandat et à leurs pouvoirs ; de la variabilité dans l'espace et dans le temps de leur degré d'indépendance en matière politique ; de leur implication plus ou moins fréquente dans la politique de développement et la planification budgétaire ; ou encore de leur capacité plus ou moins bonne à appliquer des méthodologies solides de contrôle des droits de l'homme.

799. C'est pourquoi, les Principes de Paris concernant le statut des institutions nationales pour la protection et la promotion des droits de l'homme, fixent des normes minimales pour le fonctionnement crédible et efficace de ces institutions ⁶⁰¹.

800. C'est aussi pourquoi les Etats devraient élargir le mandat de ces institutions de façon à y intégrer la question des droits de l'homme et des entreprises. A fortiori, si l'on considère qu'à notre époque les Etats élaborent des stratégies et des plans d'action nationaux pour la mise en œuvre des Principes directeurs de l'ONU ⁶⁰².

801. La dixième Conférence internationale du Comité international de coordination des INDH ⁶⁰³ tenue à Edimbourg, en Ecosse, du 8 au 10 octobre 2010, a abordé le thème « Entreprises et droits de l'homme, le rôle des institutions nationales de droits de l'homme (INDH) ».

Dans ce document les INDH réunies conviennent d'élargir leurs activités et obtenir plus de moyens tels que :

- « 1. la création de points focaux sur les entreprises et les droits de l'homme au sein de leurs institutions et mettre en place des plateformes pour organiser un dialogue entre les acteurs concernés ;
- 2. la collaboration avec les organisations et les parties prenantes aux niveaux national, régional et international, telles que les entreprises, y compris les petites et moyennes entreprises (PME), les syndicats, la société civile et le Pacte mondial ;
- 3. le soutien aux victimes de violations commises par des entreprises, notamment

601. Résolution n° 48/134 de l'Assemblée générale des Nations Unies.

602. Les PNA concernent l'ensemble du champ d'application des Principes directeurs, y compris les principes exigeant des Etats qu'ils garantissent aux victimes d'atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises de pouvoir accéder à un mécanisme de réparation judiciaire.

603. Les INDH sont rassemblées sous le Comité international de coordination des institutions nationales pour la protection des droits de l'homme (CIC) des Nations Unies. Le sous-comité d'accréditation du CIC a pour mandat de passer en revue et d'accréditer les INDH en fonction de leur conformité aux Principes de Paris. Une INDH peut recevoir le statut «A», «B» ou «C». Voir le site Internet du Comité international de coordination des institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme (CIC) : <http://nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/ICCAccreditation/Pages/default.aspx>.

en leur facilitant l'accès à des voies de recours judiciaires et non judiciaires ; 4. des mesures visant à autonomiser les défenseurs des droits de l'homme et à assurer la participation effective de la société civile, en particulier des groupes vulnérables, dans les questions relatives aux entreprises et aux droits de l'homme.» (par. 20.)

802. Le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies a donc salué en 2011

«le rôle important des institutions nationales des droits de l'homme établies en conformité avec les Principes de Paris dans le domaine des entreprises et des droits de l'homme et encourage les institutions nationales des droits de l'homme à continuer de développer leur capacité à remplir efficacement ce rôle, notamment avec le soutien du Haut-Commissariat et en contact avec tous les acteurs concernés...»⁶⁰⁴.

803. Enfin, on ne saurait négliger les commissions parlementaires des différents Etats. Selon l'Union interparlementaire, cent neuf pays se sont dotés d'organes parlementaires spécialisés pour traiter les droits de l'homme⁶⁰⁵. Une des principales fonctions de ces comités est de mener des enquêtes y compris sur le comportement des acteurs privés (par exemple sur les passations de marchés irrégulières). En Australie, par exemple, la loi sur le contrôle parlementaire des droits de l'homme de 2011 prévoit que tous les nouveaux projets de loi doivent être accompagnés d'une déclaration de compatibilité permettant d'évaluer si leurs dispositions respectent les obligations de l'Australie en matière de droits de l'homme. Ainsi, dans l'exercice de leur rôle sinon de devoir de surveillance, les parlementaires peuvent stimuler le débat public sur l'impact des politiques sur les droits de l'homme.

C. L'accès à des mécanismes administrés par une entreprise à titre individuel ou avec des parties prenantes

804. Les mécanismes de réclamation mis en place par les entreprises, dont on a parlé dans le chapitre III, permettent de prévenir ou de trouver

604. Nations Unies, résolution adoptée par le Conseil des droits de l'homme : 17/4, Les droits de l'homme et les sociétés transnationales et autres entreprises (A/HRC/RES/17/4, 6 juillet 2011) : <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/ResolutionsDecisions.aspx>.

605. Voir Union interparlementaire, base de données PARLINE : instances parlementaires spécialisées, disponible à l'adresse <http://www.ipu.org/parline-f/instanceadvanced.asp>.

une issue rapide et adaptée à certaines situations et il est parfois dans l'intérêt des victimes qu'ils soient saisis en cas de problème relatif à la conduite d'une entreprise transnationale.

805. Car, les entreprises opérant dans le secteur des industries extractives (pétrole, mines, gaz) sont responsables de nombreuses violations alléguées des droits de l'homme, en particulier des droits des populations locales, y compris les peuples autochtones.

806. En conséquence, un certain nombre de sociétés ont adopté leur propre politique de RSE et/ou adhéré à des initiatives en la matière, comme l'ITIE⁶⁰⁶ et surtout le Processus de Kimberley⁶⁰⁷ dont on a parlé dans le chapitre III de ce cours. Ce sont les entreprises qui ont ressenti le plus le besoin d'établir des mécanismes internes de règlement des différends, vers lesquels peuvent se tourner les communautés touchées ou les employés de l'entreprise. C'est aussi l'effet des considérations que nous avons présentées à propos du «*business case for human rights*».

807. Les ONG, les communautés et les individus désireux de recourir à de tels mécanismes vont, de plus en plus, se tourner vers la STN concernée pour obtenir des informations sur les procédures et les résultats possibles, et évaluer ainsi comment recourir à ces mécanismes. Les mécanismes des entreprises sont conçus pour assurer une participation constructive des communautés locales et offrir des remèdes, au besoin financiers, si des erreurs ont été commises.

808. A son tour, ces mêmes mécanismes devraient également constituer une source d'apprentissage permanent pour l'entreprise afin d'améliorer ses opérations en conformité avec les standards internationaux de protection des droits de l'homme.

809. La pratique contemporaine montre que les affaires mettant en cause des entreprises sont souvent réglées à l'amiable, ainsi du point de vue de l'entreprise, la mise en œuvre des mécanismes efficaces évite d'engager des poursuites, n'étant pas certaines d'obtenir gain de cause.

606. L'initiative pour la transparence des industries extractives, l'ITIE est une coalition de gouvernements, entreprises, organisations de la société civile qui soutient une meilleure gouvernance, vérification et publication des paiements effectués par les entreprises comme des revenus perçus par les gouvernements provenant du pétrole, du gaz et des minerais. Voir www.eitransparency.org.

607. Le processus de Kimberley est une initiative de gouvernements, auquel participent des entreprises et la société civile visant à enrayer le trafic illicite des diamants provenant des zones de conflits. Voir www.kimberleyprocess.com.

810. Les mécanismes de réclamation des entreprises aident aussi les entreprises à identifier leurs incidences négatives sur les droits de l'homme alors qu'elles exercent une diligence raisonnable au titre de leurs activités courantes.

811. En effet, ces mécanismes permettent d'examiner les plaintes une fois qu'elles sont identifiées et de remédier rapidement et directement aux incidences négatives des entreprises, empêchant ainsi que les préjudices ne viennent à s'accumuler et les plaintes à s'intensifier.

812. D'après les Principes directeurs des Nations Unies :

« Afin que leur efficacité soit assurée, les mécanismes de réclamation non judiciaires, relevant ou non de l'Etat, devraient être :

- a) *Légitimes* : ils suscitent la confiance des groupes d'acteurs auxquels ils s'adressent et doivent répondre du bon déroulement des procédures de réclamation ;
- b) *Accessibles* : ils sont communiqués à tous les groupes d'acteurs auxquels ils sont destinés et fournissent une assistance suffisante à ceux qui se voient opposer des obstacles particuliers pour y accéder ;
- c) *Prévisibles* : ils prévoient une procédure clairement établie assortie d'un calendrier indicatif pour chaque étape, et un descriptif précis des types de procédures et d'issues disponibles et des moyens de suivre la mise en œuvre ;
- d) *Equitables* : ils s'efforcent d'assurer que les parties lésées ont un accès raisonnable aux sources d'information, aux conseils et aux compétences nécessaires à la mise en œuvre d'une procédure de réclamation dans des conditions équitables, avisées et conformes ;
- e) *Transparents* : ils tiennent les requérants informés du cours de la procédure et fournissent des informations suffisantes sur la capacité du mécanisme à susciter la confiance dans son efficacité et à répondre à tous les intérêts publics en jeu ;
- f) *Compatibles avec les droits* : ils veillent à ce que l'issue des recours et les mesures de réparation soient compatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnus ;
- g) *Une source d'apprentissage permanent* : ils s'appuient sur les mesures pertinentes pour tirer les enseignements propres à améliorer le mécanisme et à prévenir les réclamations et atteintes futures.

Les mécanismes de niveau opérationnel devraient aussi être :

- h) Fondés sur la participation et le dialogue : consulter les groupes d'acteurs auxquels ils s'adressent au sujet de leur conception et de leurs résultats en mettant l'accent sur le dialogue concernant les moyens d'examiner et de résoudre les plaintes.»

813. Parmi les obstacles à l'accès à ce mécanisme on citera la langue employée, les connaissances élémentaires requises pour y recourir, la situation géographique et la peur de représailles.

D. *L'accès à des Commissions de vérité et réconciliation*

814. En Afrique du Sud, la Commission vérité et réconciliation a eu à connaître, depuis 1997, des auditions relatives à l'implication des acteurs économiques dans la politique d'apartheid⁶⁰⁸. La Commission vérité et réconciliation n'avait pas le pouvoir de condamner pénalement les auteurs de violations de droits de l'homme, mais pouvait en revanche prononcer une amnistie. Les «*Business Hearings*» ont permis d'examiner le rôle des acteurs économiques, du gouvernement et des syndicats. Plusieurs secteurs de l'économie ont été auditionnés et cette expérience peut offrir un autre modèle de composition extra-judiciaire des conflits entre entreprises et individus pour violation des droits de l'homme.

815. En Afrique du Sud, les entreprises avaient matériellement soutenu le crime institutionnalisé par l'Etat. Elles avaient joué un rôle central en soutenant une économie qui a maintenu l'Etat sud-africain durant l'apartheid. Ces entreprises avaient bénéficié du système de privilèges raciaux, et certaines, notamment dans le secteur minier, avaient contribué à l'élaboration et la mise en œuvre des politiques d'apartheid. En effet, la Convention des Nations Unies sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid de 1973 a établi que sont «*criminelles les organisations, institutions et individus qui commettent des crimes d'apartheid*»⁶⁰⁹.

608. Sur ce processus, voir: B. Lyons, «*Getting to Accountability: Business, Apartheid and Human Rights*», *NQHR*, 1999, p. 135 ss.

609. Voir article I(2) de la Convention des Nations Unies sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid adoptée le 30 novembre 1973, entrée en vigueur le 18 juillet 1976. Plusieurs propositions de protocole, jamais abouties, furent déposées en vue de créer un tribunal international avec compétence sur les personnes morales, les entreprises multinationales y étant particulièrement visées. Voir A. Clapham, «*The*

E. L'accès à l'arbitrage et les droits de l'homme

816. Parfois, l'accès à l'arbitre a été considéré comme un accès à la justice et donc relevant des droits de l'homme. De surcroît, ainsi que la Commission EDH l'a précisé, «on ne saurait présumer que les Etats contractants, en acceptant les obligations qui découlent de l'article 6, paragraphe 1 aient entendu s'engager à empêcher les personnes placées sous leur juridiction de confier à des arbitres le règlement de certaines affaires»⁶¹⁰.

Deux séries de considérations illustrent la place spéciale que l'arbitrage a dans le contexte que nous traitons dans ce cours. Il fait partie des mécanismes d'accès à la justice autre qu'étatique (1) et il est l'espace privilégié pour le contentieux inter-entreprises sur la responsabilité sociale d'entreprise (RSE) (2).

I. Accès à l'arbitrage et règles du procès équitable

817. Si les parties ont recours à un arbitrage volontaire, l'arbitrage même ne peut que se dérouler selon les règles d'un procès équitable sauf permettre, a posteriori, aux individus de saisir les juridictions étatiques⁶¹¹.

818. Dès l'instant où l'arbitrage «touche» une juridiction nationale quelconque, les droits de l'homme qui y sont en vigueur sont nécessairement applicables à la procédure. On parle à ce propos de

Question of Jurisdiction Under International Criminal Law Over Legal Persons», dans M. T. Kamminga et S. Zia-Zarifi (dir. publ.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, op. cit., p. 173.

610. Commission, 5 mars 1962, requête n° 1197/61, *X c. RFA*. Voir aussi Commission 13 juillet 1990, requête n° 11960/86, *Jon Axelsson et al. c. Suède* :

«The Commission notes that insofar as arbitration is based on agreements between the parties to the dispute, it is natural consequence to their right to regulate their mutual relations as they see fit. From a more general perspective, arbitration procedures can also be said to pursue the legitimate aim of encouraging non-judicial settlements and of relieving the courts of an excessive burden of cases. The Commission finds no indication that the dispute between the applicants and the MTEA involved any issues of public interest which would have made an arbitration inappropriate or unreasonable.»

611. P. Lambert, «L'arbitrage et l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme», dans P. Lambert (dir. publ.), *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesi, Bruylant, collection droit et justice, 2001, p. 13. Voir aussi X. Boucobza et Y.-M. Serinet, «Les principes du procès équitable dans l'arbitrage international», *JDI*, 2012, p. 41 ss, ainsi que les références citées.

«*jurisdictional touch down*», ce qui est normalement le cas par rapport à la *lex arbitri* ou à la *lex loci executionis*⁶¹².

819. En revanche, si l'arbitrage est obligatoire, l'accès à l'arbitrage est assimilé à l'accès au juge étatique. A ce propos, un arrêt rendu le 1^{er} février 2005 par la Cour de cassation française a pu affirmer que

«l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge, fût-il arbitral, chargé de statuer sur sa prétention, à l'exclusion de toute juridiction étatique, et d'exercer ainsi un droit qui relève de l'ordre public international consacré par les principes de l'arbitrage international et l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, constitue un déni de justice qui fonde la compétence internationale du Président du Tribunal de grande instance de Paris, dans la mission d'assistance et de coopération du juge étatique à la constitution d'un tribunal arbitral, dès lors qu'il existe un rattachement avec la France»⁶¹³.

2. *L'arbitrage comme lieu du contentieux des droits de l'homme* «*contractualisés*»

820. Quel rôle aura l'arbitre international face aux règles de la RSE en tant que règles d'un code de conduite incarnant la *business ethics*? A la différence du juge interne, sa spécialisation le conduira à examiner attentivement les règles contenues dans les codes de conduite des sociétés commerciales.

Ils peuvent rentrer, surtout dans le cas d'un code de conduite collectif, dans la nouvelle *lex mercatoria* et donc devenir applicables si les parties l'ont choisie comme *lex contractus* ou encore, si les parties n'ont pas choisi de *lex contractus* mais que les arbitres décident de s'y référer

612. Si un arbitrage reste, du début à la fin (exécution spontanée de la sentence arbitrale), entièrement transnational, les droits de l'homme restent applicables à la procédure à travers l'ordre public transnational. Voir F. Marrella, «Human Rights, Arbitration and Corporate Social Responsibility in the Law of International Trade», dans W. Benedek, K. De Feyter et F. Marrella (dir. publ.), *Economic Globalisation and Human Rights*, Cambridge, CUP, 2007, p. 266-310. Dans ce sens la Cour de cassation française a énoncé que «l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, qui ne concerne que les Etats et les juridictions étatiques, est sans application en matière (d'arbitrage)» (arrêt *Cubic* du 20 février 2001 pourvoi n° 99 12.574, B.I N° 39). Bien entendu, il en va différemment lorsque l'arbitrage, au lieu d'être volontaire, est obligatoire (Cour EDH, 3 avril 2008, *Case of Regent Company c. Ukraine*, *Rev. arb.*, 2009, p. 797, note Racine).

613. Civ. 1^{re}, 1^{er} février 2005, Etat d'Israël, *JCP*, 2005, Actualités n° 89, *JCP*, 2005. IV.1523, *Dalloz*, 2005, p. 520, *JCP*, 2005.I.134.4, obs. J. Béguin, *JCP*, 2005.II.10101, G. Kessler.

sur la base du règlement d'arbitrage applicable. Mais, même au cas où l'arbitre devra interpréter un droit étatique élu par les parties à l'instar de la *lex contractus*, deux voies peuvent le conduire à l'application des règles de la RSE et donc des droits de l'homme « contractualisés ».

821. La première voie sera l'application par « réception législative » expresse qui apparaît chaque fois qu'une règle étatique de la *lex contractus* renvoie à la déontologie ou aux bonnes mœurs et donc au code de conduite collectif.

822. La seconde voie, sera d'évaluer le comportement des parties à travers le paramètre de la loyauté et de la bonne foi (dans le droit italien, par exemple, cela aura lieu sur la base des articles 1175 et 1375 c.c.) et de la diligence dans l'exécution des obligations contractuelles (art. 1176, second alinéa, c.c. italien). Cette évaluation, en se fondant sur le droit positif interne, n'empêche pas de faire aussi référence aux standards observés dans cette catégorie et aux règles de comportement contenues dans les codes déontologiques⁶¹⁴. C'est précisément en cela que la jurisprudence italienne vise la notion de bonne foi objective ou « *correttezza* » et que d'autres systèmes juridiques prévoient avec des formules similaires : la *reasonable person* du droit anglais ou encore la *Treu und Glauben*, du droit allemand.

Le paragraphe 2-103 du UCC américain en donne une définition assez éclairante :

« Good faith in the case of a merchant means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade. »

Il s'agit, en effet, d'un principe bien connu par les grands systèmes juridiques contemporains qui est prêt à l'emploi pour donner effet à des droits de l'homme « contractualisés » dans un contexte où la loi applicable, les lois de police ou même l'ordre public ne les prévoient pas (du moins au niveau de la protection établie par la convention internationale auquel un code de conduite fait renvoi).

823. Il faut ajouter à cette reconstruction la considération selon laquelle, à la différence du juge ou de l'arbitre du droit interne, selon nous, l'arbitre du commerce international cumule deux fonctions : il est

614. En ce sens G. Alpa, *Istituzioni di diritto privato*, 2^e éd., Turin, 1997, p. 76. Voir aussi S. Pugliatti, V^o « Autoresponsabilità », *Enc. Diritto*, IV, Milan, 1959, p. 452, ainsi que C. M. Bianca, *Il contratto*, 2^e éd., Milan, Giuffrè, p. 21. Plus généralement, voir R. Zimmermann et S. Whittaker, *Good Faith in European Contract Law*, Oxford, OUP, 2000.

l'interprète de la loi compétente choisie par les parties et en même temps, sa *lex fori* reste la *lex mercatoria*. Même lorsqu'il interprète le droit national en tant que loi compétente, il ne le fait pas en siégeant comme juge interne ; il le fait en tant qu'arbitre du commerce international c'est-à-dire en donnant le plus grand poids possible au droit international et aux règles transnationales de la *business community* (même dans le cadre de l'interprétation d'un droit national élu par les parties comme *lex contractus*). Les droits de l'homme «contractualisés» et reconnus dans un code de conduite collectif ne doivent donc pas faire exception.

CHAPITRE VI

LA «LONGUE MARCHÉ» DES VICTIMES VERS L'ACCÈS IMMÉDIAT À DES MÉCANISMES INTERÉTATIQUES DE PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME

824. Un juge ou autre autorité de l'ordre interne ayant la qualité d'organe d'Etat sont censés faire application du droit international en vigueur dans leur for, y compris les normes de protection des droits de l'homme. Or, ceci n'a jamais été suffisant.

825. Dans une époque dominée par une vision du droit international exclusivement interétatique, l'Institut de droit international avait adopté à New York en 1929 une résolution concernant le problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales, manifestant son «avis qu'il y a des cas dans lesquels il peut être désirable que le droit soit reconnu aux particuliers de saisir directement, sous des conditions à déterminer, une instance de justice internationale de leurs différends avec des Etats»⁶¹⁵.

826. Aujourd'hui, il y a toute une panoplie d'organismes internationaux créés par les traités de protection des droits de l'homme qui peuvent être saisis, une fois épuisées les voies de recours internes. Ici, le contentieux n'est pas horizontal mais reste vertical, entre la victime et l'Etat territorial qui a manqué à son obligation de protection (comme on l'a vu dans le chapitre I).

827. Cependant, dans ce contexte, il faut porter la plus grande attention aux mécanismes d'accès des personnes privées à la justice internationale car, même aujourd'hui, il n'existe pas un droit coutumier d'accès direct à une juridiction interétatique au profit de toute victime – même s'agissant d'un opérateur économique – se trouvant sur le territoire d'un Etat étranger.

828. En revanche, il nous suffit de constater qu'en présence d'un traité donné, ce même instrument peut prévoir – au-delà des mécanismes classiques du contentieux interétatique – qu'un individu, personne physique ou morale, se trouvant dans certaines conditions, peut accéder à un juge (ou autre mécanisme d'enquête ou de règlement de différends)

615. http://www.justitiaetpace.org/idiF/resolutionsF/1929_nyork_05_fr.pdf.

international afin de faire valoir les droits qui lui sont reconnus par le traité ou autre instrument de droit international en question.

829. Or, les organismes internationaux de protection des droits de l'homme ont généralement un rôle de contrôle ou de surveillance et donc de pression politique plutôt qu'une fonction d'exécution. Ils peuvent toutefois jouer un rôle important en exigeant des Etats qu'ils justifient leurs résultats en matière de protection des droits de l'homme. Les organismes internationaux peuvent également examiner si des mécanismes de recours nationaux adéquats sont en place et formuler des recommandations pour le renforcement de la responsabilité nationale.

830. Ainsi, à bien y regarder, on peut repérer des mécanismes existant sur le plan universel (A) et parfois régional (B). Parfois, il s'agit d'organes spécialisés en fonction de la matière comme dans le secteur du travail (C), ou financier comme ceux du Groupe de la Banque mondiale (D).

*A. L'accès des victimes au cadre interétatique universel
de protection des droits de l'homme*

1. Les «treaty bodies» comme organes quasi judiciaires

831. Aux niveaux interétatiques, les Etats ont offert aux victimes un accès croissant aux mécanismes de protection des droits de l'homme, notamment aux organes de surveillance des traités des Nations Unies et aux Cours (et Commissions lorsqu'elles existent) africaines, européennes et interaméricaines pour les droits de l'homme.

832. En conséquence, ces communications ou pétitions ne peuvent être portées par les victimes, personnes physiques, que contre des Etats. Elles ne peuvent viser d'autres individus, personnes physiques ou morales. Autrement dit, les droits de l'homme n'ont pas atteint le stade de l'efficacité directe horizontale. De même, ces procédures ne peuvent – pas encore – être utilisées par des personnes morales contre un Etat.

833. C'est dans cette perspective qu'il faut comprendre, au niveau international, les mécanismes conçus pour permettre aux victimes de violations des droits de l'homme de présenter des communications individuelles contre un Etat devant des comités, également appelés «organes de surveillance des traités», tandis qu'au niveau régional, les Commissions et les Cours des droits de l'homme peuvent recevoir des pétitions individuelles formulées à l'encontre des Etats.

834. Si un recours ou une pétition est reçu par une instance internationale il sera fait application du traité en vigueur avec les droits de l'homme qui y sont contenus. Les principaux organismes habilités à recevoir des communications individuelles sont :

- Le Comité des droits de l'homme (CDH), qui surveille l'application du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) ⁶¹⁶ ;
- Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, qui surveille l'application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CIEDR) ⁶¹⁷ ;
- Le Comité contre la torture, qui surveille l'application de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (CCT) ⁶¹⁸ ;
- Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, qui surveille l'application de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDF) ⁶¹⁹ ;
- Le Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, qui surveille l'application de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (CITM) ⁶²⁰ ;
- Le Comité des droits des personnes handicapées, qui suit l'application de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH) ⁶²¹ ;

616. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) a été adopté le 16 décembre 1966 par l'Assemblée générale, résolution 2200A (XXI) et est entré en vigueur le 23 mars 1976. Disponible sur : http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/a_ccpr_fr.htm.

617. Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CIEDR), adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, résolution 2106 (XX) du 21 décembre 1965, entrée en vigueur le 4 janvier 1969. Disponible sur : http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/d_icerd_fr.htm.

618. Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (CCT) adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1984, entrée en vigueur le 26 juin 1987. Disponible sur : <http://www.ohchr.org/french/law/cat.htm>.

619. Convention sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDF), adoptée en 1979 par l'Assemblée générale des Nations Unies et entrée en vigueur le 3 septembre 1981. Disponible sur : http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/e1cedaw_fr.htm.

620. Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (CITM), adoptée en 1990 par l'Assemblée générale des Nations Unies et entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003. Disponible sur : http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/m_mwctoc_fr.htm.

621. La Convention internationale sur les droits des personnes handicapées (CIDPH) a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 13 décembre

– Le Comité pour l'application de la Convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées ⁶²².

835. En règle générale, les personnes qui se prétendent victimes de violations de leurs droits inscrits dans les conventions internationales, peuvent soumettre par écrit ces communications ou pétitions aux organismes compétents, pour autant que l'objet de leur demande ne soit pas en cours d'examen devant une autre instance internationale ⁶²³ et que tous les recours nationaux aient été préalablement épuisés. Il s'agit de deux conditions fondamentales de l'accès des victimes aux organes de surveillance de ces traités. Néanmoins, ces deux conditions ont été interprétées au sens large.

836. Ainsi, une victime a été exemptée de cette condition, son exécution étant impossible en raison d'un conflit armé interne ou international ⁶²⁴. Encore, la victime ne saurait être obligée de s'y soumettre lorsque les recours sont inaccessibles, car disponibles seulement en théorie, et ne lui offrent raisonnablement aucune chance de succès ⁶²⁵, ou lorsque la législation nationale de l'Etat concerné ne respecte pas une procédure dûment légale pour la protection du droit ou des droits présumés violés ⁶²⁶.

Les recours nationaux ont également été considérés comme non disponibles lorsque les personnes sans ressources n'ont pas accès à une aide juridique ou quand une « peur généralisée » interdit aux victimes d'exercer leurs droits ⁶²⁷.

2006. Disponible sur : <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/convtextf.htm#convtext>.

622. La Convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies en décembre 2006. Elle entrera en vigueur un mois après la vingtième ratification.

623. Voir Convention américaine relative aux droits de l'homme, article 46 (c); Convention européenne des droits de l'homme, article 35.2b; Protocole au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 5.2; Convention contre la torture, article 22.5a.

624. Voir par exemple, Cour européenne des droits de l'homme, *Akdivar et al. c. Turquie*, jugement rendu le 16 septembre 1996, rapports des jugements et des décisions, 1996-IV, paragraphe 68.

625. Voir par exemple, Cour européenne des droits de l'homme, *Johnston et al. c. Irlande*, jugement rendu le 18 décembre 1986, Série A n° 112, p. 22, paragraphe 45; Comité des droits de l'homme, communication n° 84/1981 *Dermot Barbato*, add. 40, A/38/40; communication n° 458/1991 *Albert Womah Mukong*, add. 40, A/49/40.

626. Convention américaine relative aux droits de l'homme, article 46.2.

627. Comité des droits de l'homme, comm. n° 564/1993 *Leslie c. Jamaïque*, add. 4., A/53/40; Cour interaméricaine des droits de l'homme, opinion consultative, OC-11/90, *Exception to the exhaustion of domestic remedies requested by the Inter-American Commission*, Serie A n° 11.

2. Les procédures spéciales

837. Pour compléter ce bref résumé des mécanismes interétatiques de protection pouvant donner accès aux individus il faut dire quelques mots aussi sur les procédures spéciales.

838. Il s'agit des mécanismes de protection des droits de l'homme créés par la défunte Commission des droits de l'homme et repris, en 2006, par le Conseil de droits de l'homme pour traiter soit de situations propres à un pays, soit de questions thématiques où que ce soit dans le monde. Autrement dit, les «procédures spéciales» sont des experts ou groupes d'experts indépendants nommés par le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies pour examiner une question thématique liée aux droits de l'homme ou des situations nationales, et en faire rapport⁶²⁸.

839. Ainsi, les titulaires du mandat au titre des procédures spéciales sont chargés d'examiner, surveiller et rendre publique la situation des droits de l'homme soit par rapport à une thématique délimitée, soit concernant un pays donné. Chaque procédure spéciale est établie par une résolution spécifique. Or, dans la poursuite de celui-ci, les procédures spéciales peuvent remplir plusieurs tâches, telles que traiter des plaintes individuelles, réaliser des études et offrir du conseil en matière de coopération technique.

840. Les procédures spéciales peuvent avoir une composition collégiale (groupe de travail), où figure en général un membre de chacune des cinq zones géographiques, ou individuelle (rapporteurs spéciaux, représentants spéciaux du Secrétaire général, experts indépendants). Ces postes sont occupés par des personnalités reconnues pour leurs compétences dans le domaine des droits de l'homme et par leur indépendance.

841. La plupart de ces mécanismes sont en mesure de recevoir des allégations de violations concrètes des droits de l'homme, dans les limites de leurs mandats respectifs⁶²⁹. Dans ces cas, ils prennent acte des allégations, qui figureront dans leurs rapports périodiques. Mais, surtout, ils peuvent lancer des appels urgents en faveur des victimes et/ou écrire aux autorités du gouvernement visé afin de demander des renseignements et des explications à ce propos.

628. Pour de plus amples informations, voir www.ohchr.org/EN/HRBodies/SP/Pages/Welcompage.aspx.

629. Voir J. L. Gomez del Prado, «Extra-Conventional Protection of Human Rights», dans F. Gomez Isa et K. De Feyter (dir. publ.), *International Human Rights in Global Context*, Bilbao, 2009, p. 558 ss.

3. L'accès à des cours pénales internationales et à des tribunaux pénaux mixtes

842. On a déjà observé dans le chapitre II de ce cours que parfois une entreprise transnationale arrive à commettre des crimes internationaux.

On a aussi remarqué que l'on parle toujours des responsabilités des personnes physiques et pas des personnes morales, car à la différence du droit interne, en droit international *societas delinquere non potest*. En matière pénale internationale il faut donc se tourner vers les dirigeants de l'entreprise ou leurs agents.

843. Les atrocités massives commises en ex-Yougoslavie et au Rwanda ont incité les Nations Unies à créer deux tribunaux *ad hoc*, en 1993 et 1994 respectivement.

Et l'on a vu, à ce propos, que le TPIR a eu à traiter quelques affaires où des dirigeants d'entreprises ont été condamnés pour crimes internationaux.

844. Le bilan reste assez maigre et le Statut de la Cour pénale internationale (CPI), entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002, confirme – de façon assez décevante – que *societas delinquere non potest* : seuls les dirigeants ou les agents d'une STN peuvent être incriminés.

Cette donne de fond n'a pas changé – du moins nous semble-t-il – après la création des tribunaux pénaux mixtes : il s'agit, en 2000, du Tribunal spécial pour la Sierra Leone (TSSL) ; du Tribunal spécial pour le Liban (TSL) en 2009 ; des chambres spéciales établies dans les tribunaux du Timor oriental (chambres spéciales pour les crimes graves), du Cambodge (chambres extraordinaires), de la Serbie (chambre chargée des crimes de guerre) et de la Bosnie-Herzégovine (section des crimes de guerre) en 2000, 2001, 2003 et 2005, respectivement.

Au Kosovo, une entité hybride connue sous le nom de « Panels règlement 64 », établie en 2000 par la Mission d'administration intérimaire des Nations Unies au Kosovo (MINUK), permet à des juges internationaux de siéger aux côtés de juges nationaux pour juger des criminels de guerre.

845. Dans ce contexte, les victimes des crimes et les ONG pourront, sur la base de chaque acte institutif de chaque tribunal et de chaque règlement de procédure, envoyer toute information au Bureau du Procureur pour faciliter l'ouverture d'enquêtes *ex proprio motu*, ou contribuer aux enquêtes et poursuites en cours.

B. L'accès à la justice interétatique-régionale de protection des droits de l'homme

1. L'exemple de la CEDH

846. Le système de protection des droits et libertés fondamentaux mis en place par la CEDH se fonde sur le principe de subsidiarité. C'est-à-dire qu'il incombe en premier lieu aux Etats parties à la Convention d'en garantir l'application, la Cour européenne des droits de l'homme ne devant intervenir que là où les Etats ont manqué à leur devoir.

847. Ainsi, si l'on consulte la jurisprudence existante de la Cour européenne des droits de l'homme on n'est pas surpris de constater qu'en vertu des articles 33 et 34 de la Convention, les requêtes peuvent être formées uniquement contre des Hautes Parties contractantes : les Etats membres du Conseil de l'Europe. Par conséquent, tout recours formé par une personne privée contre une entreprise serait irrecevable puisque incompatible *ratione personae* avec l'article 35 (3) a de la Convention.

848. En outre, les droits consacrés par la Convention n'ont pas généralement d'effet horizontal, car la Convention n'a pas d'effet direct à l'égard de tiers : il n'y a pas, comme diraient les Allemands de *unmittelbare Drittwirkung*⁶³⁰.

849. Par ailleurs, la Cour ne peut être saisie d'une requête que lorsque toutes les autres voies de recours internes ont été épuisées (art. 35 (1) de la Convention). Par conséquent, les recours ne peuvent être formés que contre les décisions des tribunaux nationaux, y compris lorsque ces derniers ont examiné certaines violations des droits de l'homme entre des particuliers⁶³¹.

850. La CEDH prévoit deux procédures aux termes desquelles les Etats membres peuvent être tenus pour responsables – pour manquement de leurs obligations positives ou négatives, comme on a vu dans la première partie du cours – de violation des droits et libertés fondamentaux établis par la Convention. Tout d'abord un Etat qui soit Partie contractante de la CEDH peut dénoncer devant la Cour européenne

630. Si on avait dit effet direct horizontal, les droits de l'homme seraient opposables non seulement à l'Etat mais aussi, de façon directe, à d'autres personnes physiques ou morales.

631. En décidant si les tribunaux nationaux ont violé des droits fondamentaux dans des procédures internes entre des particuliers, la Cour pourrait en réalité aborder implicitement certaines obligations des entreprises privées en matière de droits de l'homme.

des violations présumées par un autre Etat de droits reconnus par la CEDH⁶³². Ensuite, des particuliers, individus ou personnes morales (une société commerciale) ou encore des ONG peuvent saisir la Cour européenne⁶³³.

851. Avant l'entrée en vigueur du Protocole 11, les particuliers ne pouvaient porter plainte que si l'Etat visé par l'accusation avait déclaré accepter la compétence expresse de la Cour. Depuis l'entrée en vigueur du Protocole 11, tous les Etats membres de la CEDH sont automatiquement et obligatoirement tenus d'accepter ces procédures engagées par des particuliers.

852. Or, selon l'article 34 de la CEDH⁶³⁴, des particuliers, des ONG ou des groupes de particuliers affirmant être victimes de violations peuvent saisir la Cour. La Cour européenne peut déclarer recevables les demandes de particuliers qui se disent victimes directes, indirectes (parents de personnes tuées ou « disparues »)⁶³⁵ ou potentielles (qui risquent notoirement d'être directement visées)⁶³⁶ de violations des droits de l'homme.

2. Le système interaméricain

853. A l'instar des mécanismes européens au sein du Conseil de l'Europe, le système interaméricain est né au sein d'une organisation intergouvernementale régionale, l'Organisation des Etats américains (OEA). Egalement, la mise en place du dispositif de protection des droits de l'homme commence vers la fin des années 1950 et se développe sans cesse⁶³⁷.

632. CEDH, article 33.

633. CEDH, article 34.

634. Selon l'article 34 CEDH :

« La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses Protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit. »

635. Cour européenne des droits de l'homme, *McCann et al. c. Royaume Uni*, jugement rendu le 27 septembre 1995, Série A n° 324.

636. Cour européenne des droits de l'homme, *Marckx c. Belgique*, jugement rendu le 13 juin 1979, Série A n° 31.

637. Parmi une vaste littérature voir J. M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, 2^e éd., Cambridge, CUP, 2013, ainsi que L. Hennebel et H. Trigroudja (dir. publ.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme : en l'honneur du 40^e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009 ; J. Cavallaro et S. E. Brewer, « Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty First Century : The Case of the Inter-American

854. Depuis, une Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme a été adoptée, tout comme la Convention américaine sur les droits de l'homme⁶³⁸, adoptée à San José, Costa Rica, le 22 novembre 1969, assortie des conventions sectorielles.

855. Du point de vue institutionnel, la Commission, puis la Cour interaméricaine des droits de l'homme⁶³⁹ ont vu le jour. Elles remplissent la fonction de surveillance des droits garantis par différents moyens, notamment par l'examen de plaintes individuelles.

856. A ce propos, la Commission joue un rôle particulier. D'une part, elle est un organe statutaire de l'OEA pour la promotion des droits de l'homme, plus particulièrement de ceux énoncés dans la Déclaration.

D'autre part, la Commission est un organe de contrôle de l'application de la Convention par un Etat où qu'elle soit en vigueur. Il en va de même pour les autres conventions additionnelles. La Commission est donc habilitée à recevoir des plaintes de particuliers à ces deux titres.

857. A son tour, la Cour interaméricaine est établie par ladite Convention interaméricaine et sa compétence, qui peut être gracieuse ou contentieuse, s'étend uniquement aux droits garantis par celle-ci, ou à des droits consacrés par d'autres instruments du système, dans la mesure où ces derniers le prévoient.

858. Cependant, pour que la Cour puisse juger des affaires individuelles, il faut que la Convention soit en vigueur dans l'Etat en question et que celui-ci ait accepté la compétence de la Cour.

859. C'est dans ce cadre que, par le biais de l'article 44 de la Convention :

« Toute personne ou tout groupe de personnes, toute entité non gouvernementale et légalement reconnue dans un ou plusieurs Etats membres de l'Organisation peuvent soumettre à la Commission des pétitions contenant des dénonciations ou plaintes relatives à une violation de la présente Convention par un Etat partie. »⁶⁴⁰

Court », *AJIL*, 2008, p. 768 ; A. Cançado Trindade, « International Law for Humankind. Towards a New *Jus Gentium* », *Recueil des cours*, tome 316 (2005) ; *idem*, *Evolution du droit international au droit des gens. L'accès des individus à la justice internationale. Le regard d'un juge*, Paris, Pedone, 2008 et les références citées.

638. <http://www.cidh.oas.org/Basicos/French/c.convention.htm>.

639. <http://www.corteidh.or.cr/>.

640. Article 44 de la Convention interaméricaine.

860. Après une analyse préliminaire de la requête par le Secrétariat, si elle remplit les conditions de recevabilité⁶⁴¹, la Commission transmet la plainte à l'Etat et lui demande de présenter ses observations. Celles-ci sont à leur tour remises au plaignant pour qu'il les conteste, s'il le souhaite. C'est seulement alors que la Commission décide définitivement sur la recevabilité de la communication. Dans le cas positif, la Commission met ses bons offices à disposition des parties pour essayer de s'entendre sur un règlement à l'amiable. Si les négociations échouent, la phase du fond s'ouvre.

861. Pendant cette étape, la Commission offre également au plaignant et à l'Etat la chance de commenter et de contredire la version de la partie adverse. Elle dispose de larges pouvoirs pour réunir des informations pertinentes sur les faits, par exemple à travers des visites sur place.

862. A la fin de sa procédure, la Commission consigne ses conclusions dans un rapport et les mesures de réparation recommandées. Ce rapport marque la fin de la procédure pour les plaintes relatives à la Déclaration, comme pour celles portant sur la Convention lorsque l'Etat défendeur n'a pas accepté la compétence contentieuse de la Cour.

863. Par contre, si l'Etat a accepté la compétence de la Cour, la Commission ou l'Etat peuvent soumettre une plainte à la Cour, jamais un individu ou un groupe *ex* article 44. La Cour dispose d'une certaine marge d'appréciation et n'est pas liée par les conclusions de la Commission, ni sur les faits ni en ce qui concerne le droit. Pourtant, elle ne juge pas *ex novo* chaque cas. Au contraire, elle se sert dans une large mesure des éléments fournis par la Commission.

641. Voir surtout l'article 46, suivant lequel :

«La Commission ne retient une pétition ou communication présentées conformément aux articles 44 ou 45 que sous les conditions suivantes, à savoir : *a.* Que toutes les voies de recours internes aient été dûment utilisées et épuisées conformément aux principes du droit international généralement reconnus ; *b.* que la pétition ou communication soit introduite dans les six mois à compter de la date à laquelle l'individu présumé lésé dans ses droits a pris connaissance de la décision définitive ; *c.* que l'objet de la pétition ou communication ne soit pas en cours d'examen devant une autre instance internationale, et *d.* que, dans le cas prévu à l'article 44, la pétition indique le nom, la nationalité, la profession, le domicile, et porte la signature de la personne ou des personnes, ou du représentant légal de l'entité dont émane la pétition ; 2. Les dispositions énoncées aux alinéas 1 *a)* et 1 *b)* du présent article ne seront pas appliquées dans les cas où : *a.* Il n'existe pas, dans la législation interne de l'Etat considéré une procédure judiciaire pour la protection du droit ou des droits dont la violation est alléguée ; *b.* l'individu qui est présumé lésé dans ses droits s'est vu refuser l'accès des voies de recours internes ou a été mis dans l'impossibilité de les épuiser, ou *c.* il y a un retard injustifié dans la décision des instances saisies.»

864. Le jugement de la Cour est final et obligatoire, à la différence des rapports de la Commission. En tant qu'organe quasi juridictionnel, les avis de la Commission ont pour leur part plutôt valeur de recommandation. Le suivi de la mise en œuvre des décisions finales relève de la Commission. Pour ce faire, elle peut, entre autres, requérir des informations à ce sujet à l'Etat ou convoquer des audiences.

865. Un exemple est offert par l'affaire *Awas Tingni c. Nicaragua* dont nous avons parlé au chapitre I. Ici, on le rappelle, la Commission interaméricaine des droits de l'homme déposa une plainte auprès de la Cour interaméricaine contre le gouvernement nicaraguayen. La pétition faisait valoir que le Nicaragua violait les articles 1 et 2, relatifs à l'obligation des Etats parties de protéger et faire respecter les droits inscrits dans la Convention interaméricaine des droits de l'homme, l'article 21 relatif au droit de propriété, et l'article 25 relatif à la protection judiciaire.

866. En effet, l'Etat du Nicaragua n'avait pas procédé à la démarcation des terres de leur communauté et continuait à considérer ces terres comme des terres nationales. Par ailleurs, l'Etat n'avait pas adopté de mesures effectives pour la protection des droits de propriété des Awas Tingni sur leurs terres ancestrales et les ressources naturelles, et avait accordé la concession sans le consentement de la communauté. Enfin l'Etat n'avait pas fourni un recours effectif et une réparation adéquate à la communauté suite à la concession.

867. Pour ces raisons, la Commission demanda à la Cour que le Nicaragua mette en place une procédure juridique pour la démarcation des terres et la reconnaissance officielle de leurs droits de propriété. Elle demanda également que le Nicaragua s'abstienne de toute autorisation de concession sans le consentement préalable, libre et éclairé de la communauté autochtone. Finalement, elle demanda le paiement par le gouvernement d'une indemnité juste et équitable pour les préjudices matériels et moraux subis par la collectivité, ainsi que le paiement de tous les frais de procédure engagés au niveau national et dans le système interaméricain.

868. La République du Nicaragua tenta de faire rejeter l'affaire pour des raisons multiples. Tout d'abord, elle soutenait que les Awas Tingni n'avaient pas épuisé toutes les voies de recours internes. Mais sa défense était principalement motivée par le fait que les Awas Tingni n'avaient pu prétendre à un droit ancestral sur ces terres puisqu'ils se trouvaient sur ce territoire que depuis les années 1940 et que le territoire revendiqué par la Communauté était trop grand proportionnellement à

la Communauté. Concernant les demandes de compensation financière pour les dommages matériels et moraux et les frais judiciaires, le gouvernement estimait que la concession n'avait créé aucun dommage à la communauté qui n'avait même pas été déplacée, et avança comme argument qu'elle était l'un des pays les plus pauvres de l'hémisphère.

869. Dans la décision rendue le 31 août 2001, la Cour a statué par sept voix contre une, que la République du Nicaragua avait violé l'article 25 (en liaison avec les articles 1 et 2) de la Convention relative au droit à une protection juridictionnelle. De même, elle a également constaté par une majorité de sept voix contre une, que la République du Nicaragua avait violé l'article 21 de la Convention régissant le droit à la propriété. A l'unanimité, la Cour décida que la République du Nicaragua devait donc adopter des mesures visant à créer un mécanisme pour assurer l'efficacité et la reconnaissance officielle des terres traditionnelles des communautés autochtones en conformité avec le droit coutumier, les valeurs, us et coutumes.

870. Enfin, la Cour déclara que le jugement représentait en partie, une forme de réparation pour les membres de la communauté Mayagna (Sumo) des Awas Tingni. Elle condamna la République du Nicaragua au paiement de 50 000 dollars pour des travaux publics et des services supplémentaires à titre de réparation pour les préjudices matériels et moraux ainsi qu'au paiement de 3 000 dollars pour les dépenses et les frais juridiques engagés par les Awas Tingni à la fois dans la procédure interne et internationale.

3. *Le système africain*

871. L'Organisation de l'Unité africaine (OUA) est le cadre institutionnel qui a donné naissance au système africain de la protection des droits de l'homme⁶⁴². C'est sous ses auspices que la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 est entrée en vigueur le 21 octobre 1986, et lie à l'heure actuelle presque tous les pays du

642. Ici, parmi une vaste littérature voir F. Viljoen, *International Human Rights Law in Africa*, OUP, 2007 ; C. Heyns et M. Killander, « The African Regional Human Rights System », dans F. Gomez Isa et K. De Feyter (dir. publ.), *International Human Rights in Global Context*, Bilbao, 2009, p. 885 ss ; M. Ssenyonjo (dir. publ.), *The African Regional Human Rights System: 30 Years after the African Charter on Human and Peoples' Rights*, Leiden, Nijhoff, 2012 ; M. Hansungule, « La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », dans Abdulqawi A. Yusuf (dir. publ.), *L'Union africaine : cadre juridique et institutionnel : manuel sur l'organisation panafricaine*, Paris, Pedone, 2013 et les références citées.

continent. Depuis 2002, l'OEA a été remplacée par l'Union africaine (UA), qui a repris ses fonctions dans ce domaine.

872. Conformément à l'article 30 de la Charte, et en parallèle avec le système interaméricain, une Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a été mise en place en 1987. Composée de onze experts agissant à titre personnel, elle a le mandat de promouvoir et de protéger les droits de l'homme en Afrique.

873. Les communications individuelles font partie des mécanismes prévus aux fins de cette protection. Toute personne peut soumettre une communication. La procédure se déroule partiellement sous forme écrite et en partie en audience. Après un examen préliminaire par le Secrétariat des conditions de recevabilité de la plainte lors de sa réception, la Commission se prononce définitivement sur ce point. Le plaignant peut solliciter d'être entendu à ce stade.

874. Si la communication est recevable, la Commission examine le fond. Elle invite les parties à exposer leurs arguments à l'audience. Le plaignant a le droit à tout moment de compléter sa communication. La Commission a, elle, le devoir d'inclure tout élément pertinent à l'examen de la plainte. Pour tout nouvel élément, l'Etat concerné dispose d'un délai de trois mois pour répondre. La Commission peut faire usage de ses pouvoirs d'investigation, avoir recours à des experts, adopter des mesures provisoires de protection, collecter des preuves, entendre des témoignages.

875. Les conclusions de la Commission, à savoir la constatation d'une ou plusieurs violations ou l'absence de violation, ainsi que, le cas échéant, les recommandations quant aux mesures de réparation, sont transmises à la Conférence de chefs d'Etat et de gouvernement pour leur adoption, suite à quoi elles sont publiées. Ces sont les conclusions d'un organe de nature quasi juridictionnelle, si bien qu'elles n'ont pas de force obligatoire. Ceci ne change pourtant rien à leur autorité non négligeable.

876. La procédure de plainte dans le cadre du système africain a récemment pris fin. En 2004 est entré en vigueur le Protocole à la Charte portant sur la création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Il établit un organe judiciaire mis en place en vue de «compléter les fonctions de protection» de la Commission. La Cour africaine est «compétente pour connaître de toutes les affaires et de tous les différends d'interprétation concernant la Charte et tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme et ratifié par les Etats concernés». Les seules instances légitimées à porter devant la Cour une

affaire individuelle sont la Commission, l'Etat défendeur et l'Etat dont la victime est ressortissante.

877. Bref, et en analogie avec le système interaméricain, la Cour décidera sur des communications individuelles seulement une fois «filtrées» par la Commission. Celles que la Commission et les Etats ne peuvent ou ne veulent déférer à la Cour se termineront donc avec l'adoption du rapport de la Commission.

878. La considération de l'affaire par la Cour a lieu au moyen d'audiences publiques, sauf décision contraire pour des raisons exceptionnelles. La Cour offrira son aide pour que les parties arrivent à un règlement à l'amiable. La Cour doit rendre sa décision quatre-vingt-dix jours après la fin des délibérations. L'arrêt, définitif et de force obligatoire, sera notifié au Conseil de ministres, qui veillera à son exécution.

879. La mise en œuvre effective de la Cour a été considérablement retardée par la décision de la fusionner avec la Cour de justice de l'UA. La valeur effective de l'institution en tant que mécanisme de protection des droits reste donc à prouver.

C. L'accès aux mécanismes de contrôle de l'application des conventions de l'OIT

880. Le droit international en matière de droits de l'homme comprend également les normes internationales du travail. Ces dernières sont codifiées dans plus d'une centaine de conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT) des Nations Unies. Les conventions de l'OIT couvrent un large éventail de sujets, notamment les droits syndicaux, les heures de travail, les dispositions concernant les congés annuels, les normes sur l'âge minimum à l'emploi, les interdictions relatives au travail forcé, la discrimination dans le milieu du travail et beaucoup d'autres sujets. Les systèmes de l'OIT comprennent également la Convention relative aux peuples indigènes et tribaux (C169, 1989), qui contient un certain nombre de dispositions importantes sur les droits des peuples autochtones, et la Déclaration de principes tripartites sur les entreprises multinationales et la politique sociale de l'OIT (1977, révisée en 2009).

881. En matière de droit social international, l'OIT mène des contrôles périodiques afin de s'assurer de l'application des conventions par les Etats où elles sont en vigueur⁶⁴³.

643. Parmi une vaste bibliographie cf. G. Lyon Caen et A. Lyon Caen, *Droit social international et européen*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 1993 ; D. R. Maul, «The International

882. Ainsi, le Bureau international du travail (BIT) élabore des questionnaires et les envoie à tous les Etats ayant adhéré à une convention donnée. C'est ensuite la Commission d'experts pour l'application des conventions qui examine les réponses au questionnaire et détermine si l'Etat concerné applique convenablement une convention donnée.

883. L'Etat est alors invité à répondre aux observations qui lui sont faites et peut se trouver amené à s'en expliquer devant la Commission de l'application des normes, commission tripartite permanente de la Conférence internationale du travail annuelle.

884. Cette procédure permet d'instaurer un véritable *dialogue* entre l'Organisation et les Etats membres. Dans les cas les plus graves la Commission exprime son inquiétude en inscrivant un paragraphe spécial dans son rapport soumis à la plénière de la Conférence. L'ensemble de ce processus constitue le « système de contrôle régulier ».

885. Cependant, ni la Commission d'experts, ni la Commission des normes de la Conférence internationale ne rendent de décision exécutoire comme le ferait une cour internationale. L'OIT n'est pas capable d'exercer une pression – politique et médiatique – vis-à-vis des Etats équivalente à celle exercée par les organes de contrôle des traités sur les droits humains. Il n'existe aucune sanction en cas de non-respect des conventions de l'OIT. C'est pourquoi, au-delà des bonnes intentions et du *standard setting*, presque toujours, *ipso iure*, non contraignant pour les entreprises, l'OIT n'arrive pas à imposer les maintes règles qu'elle produit.

D. L'accès aux mécanismes de protection propres au Groupe de la Banque mondiale comme modèle pour les banques de développement

886. Créée à la fin de la Seconde Guerre mondiale, la BIRD est une banque multilatérale de développement qui favorise l'expansion économique des pays en développement. Fondée parallèlement à la création des Nations Unies et du Fonds monétaire international, elle fait officiellement partie du système des Nations Unies en tant qu'organisme spécialisé. Au cours de son existence de plus de cinquante ans, la BIRD a soutenu que son mandat limité la restreignait à des activités purement

Labour Organization and the Globalization of Human Rights, 1944-1970», dans *Human Rights in the Twentieth Century*, New York, CUP, 2011, p. 301-320 et plus généralement voir F. Maupain, « L'OIT, la justice sociale et la mondialisation », *Recueil des cours*, tome 278 (1999), p. 209 ss.

économiques. Au cours des années 1990, par exemple, la Banque a soit suspendu, soit réduit ses prêts au Malawi, au Kenya, au Zaïre et à la Chine (à la suite du massacre de la place Tiananmen) en avançant des raisons politiques dues à des questions de gouvernance et de non-respect des droits de l'homme. Elle a cependant modifié sa position vis-à-vis des droits de l'homme.

887. En 1993, la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD) ainsi que l'Association internationale du développement (AID) ont ainsi créé un Panel d'inspection, un organe indépendant composé de trois membres, chargé d'examiner les plaintes des personnes directement affectées – ou susceptibles d'être directement affectées – par les projets financés, et dont le préjudice actuel ou potentiel résulte d'une méconnaissance, par l'une ou l'autre de ces agences, de ses politiques et procédures opérationnelles. L'obligation de respecter les accords internationaux sur l'environnement y est clairement mentionnée dans les politiques de sauvegarde de la banque relatives à l'évaluation environnementale et à la foresterie, mais le devoir de respecter les obligations conventionnelles internationales n'est pas indiqué explicitement.

888. Toutefois, dans son examen des plaintes qui soulèvent, directement ou indirectement, des préoccupations en matière de droits de l'homme, le Panel a identifié quatre circonstances dans lesquelles les politiques et procédures de la Banque peuvent exiger que celle-ci tienne compte des droits de l'homme : *a)* la Banque doit s'assurer que ses projets ne contreviennent pas aux engagements internationaux pris par l'emprunteur en matière de droits de l'homme (principe de « ne pas nuire ») ; *b)* la Banque doit déterminer si les droits de l'homme peuvent empêcher la conformité avec les politiques de la Banque dans le cadre de la diligence raisonnable ; *c)* la Banque doit interpréter les exigences de la politique relative aux peuples autochtones (qui mentionne explicitement les droits de ces peuples) conformément à l'objectif en matière de droits de l'homme ; et *d)* la Banque doit tenir compte des protections des droits humains consacrées par les constitutions nationales ou les autres sources de droit national⁶⁴⁴. La pratique de la Banque semble, en effet, suivre ce *cursus*⁶⁴⁵.

644. S. Herz et A. Perrault, «Bringing Human Rights Claims to the World Bank Inspection Panel», octobre 2009.

645. F. Marrella et A. Vettorel, «Banca mondiale e diritti umani: il ruolo dell'Inspection Panel», dans M. Vellano et L. Manderieux (dir. publ.), *Ethique globale, bonne gouvernance et droit international économique*, Turin, Giappichelli, 2017, p. 35 ss et les références citées.

889. En 1999, la Société financière internationale (SFI) et l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI), deux des filiales du groupe de la Banque mondiale qui financent des activités du secteur privé, ont créé un mécanisme *ad hoc* de contrôle sous la forme d'un Médiateur-conseiller en observance (MCO) ou *Compliance Advisor/Ombudsman (CAO)*.

890. Il s'ensuit que tous ceux (particuliers, groupes, communautés, ou autres parties) qui pensent subir, ou pouvoir subir, les effets négatifs d'un ou de plusieurs projets de la SFI ou de l'AMGI peuvent déposer plainte. Ces plaintes peuvent être déposées en leur nom par une personne ou organisation représentative. Le CAO a établi trois simples critères pour déterminer si une plainte peut être évaluée :

- La plainte doit concerner un projet (en cours ou envisagé) de la SFI ou de l'AMGI ;
- Elle doit toucher des aspects environnementaux et/ou sociaux mis en jeu par ce projet ;
- L'auteur de la plainte estime que les aspects environnementaux et/ou sociaux en question ont ou peuvent avoir des effets négatifs pour lui.

891. Les plaintes mettant en jeu des allégations de fraude ou de corruption sont néanmoins transmises au Service de déontologie institutionnelle de la Banque mondiale. Mais les plaintes relatives à des décisions de l'IFC ou de la MIGA en matière de passation de marchés ne sont pas non plus traitées par le CAO. Enfin, celui-ci n'admet aucune plainte de nature malveillante ou triviale, ou dont l'auteur cherche par ce biais à tirer un avantage compétitif.

892. A ce propos, il faut mentionner le cas relatif à la construction de deux usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay. Les deux sociétés commerciales chargées de mettre en œuvre les deux projets, les sociétés Ence et Botnia, avaient demandé à la SFI et à l'AMGI d'être financées pour leur réalisation. Dans l'exercice de sa fonction de médiation, le CAO a reçu une plainte en septembre 2005 alléguant que les projets de deux usines de pâte à papier affectent la santé de la population résidant sur les rives du fleuve Uruguay ainsi que l'environnement⁶⁴⁶. Dans son rapport, le CAO a mis en relief que, dans leurs évaluations

646. *Center for Human Rights and Environment, Complaint, Compliance c. Advisor Ombudsman (CAO)*, 23 septembre 2005. *Office of the Compliance Advisor c. Ombudsman International Finance Corporation Multilateral Investment Guarantee Agency, CAO Audit of IFC's and MIGA's Due Diligence for two Pulp Mills in Uruguay*, rapport final, 22 février 2006.

environnementales, les deux sociétés commerciales auraient dû notamment prendre en compte les effets transfrontaliers des projets.

893. C'est pourquoi, au-delà de toute critique possible, les Principes directeurs de l'ONU ont le grand mérite d'être un cadre de référence solide qui ne peut qu'améliorer la cohérence générale de la panoplie des règles assez dispersées que tous les acteurs du droit international se sont donné ou veulent se donner pour montrer leur respect des droits humains.

CONCLUSION GÉNÉRALE

894. Aujourd'hui la globalisation économique a produit un développement économique sans précédent, mais qui a comme conséquence l'affaiblissement de l'Etat de droit, la *rule of law*. Dans le passé le garant du droit c'était l'Etat, en tant que gardien de son ordre juridique, et la communauté internationale à travers le droit international «public». Mais à notre époque, et à la différence du système westphalien, le droit n'a pas su s'adapter aisément aux changements imposés par l'économie globale. On a même pu écrire que dans la société globale contemporaine, «le droit est devenu un objet de vente et de consommation comme n'importe quel autre bien» grâce au *forum shopping*⁶⁴⁷ et au *law shopping*, le *shopping* du droit applicable⁶⁴⁸. Or, cette «consommation» n'est pas à la portée de tous, seulement à la portée des entreprises les plus riches, celles qui sont en mesure de transférer leur siège fiscal là où c'est le plus pratique, d'être payées dans le pays où le secret bancaire est le mieux protégé, de produire biens (et bientôt services) dans les pays où la protection sociale des travailleurs (comme leur coût) ainsi que la protection de l'environnement est la plus basse. En même temps, ces mêmes entreprises peuvent revendiquer la protection de «leurs» droits de l'homme, comme les personnes physiques les plus pauvres, dans les Etats où au moins les droits de l'homme sont protégés coûte que coûte.

895. Mais les coûts ont besoin d'être financés et sur le plan de la finance mondiale, le paradoxe est encore plus frappant. Nul Etat, grand ou petit, n'arrive à déclarer la faillite d'une grande banque car elle est «*too big to fail*», un privilège que les entreprises du commerce et de l'industrie, surtout les PMI, n'ont pas. En même temps, on assiste à la faillite de quelques Etats, et des Etats importants, parmi les Etats «développés», sans de véritables règles pour ce type de *default* comme le prix Nobel de l'économie, Joseph Stiglitz a plusieurs fois dénoncé. Le résultat est que l'on demande à des citoyens chaque fois plus pauvres d'en payer les conséquences au risque de tomber dans la misère alors que leur Etat était censé protéger leurs droits de l'homme.

647. Ainsi par exemple G. Rossi, «Solo la certezza del diritto può battere la speculazione», dans *Il Sole 24 ore*, 10 août 2014.

648. Ainsi, le regretté professeur Francesco Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologne, Il Mulino, 2005, *passim*.

896. C'est pourquoi le débat n'est pas entre le « laissez faire, laissez passer les commerçants » et l'autarcie. Le débat porte sur les règles, l'encadrement et l'accompagnement du commerce. La libéralisation sans règles n'a pas plus de sens que le protectionnisme sans frein. Les économistes l'ont bien compris en parlant de « *market failure* », ce qui ne veut pas dire qu'il faut renoncer à l'économie de marché.

897. La protection des droits de l'homme existe pour les victimes des violations : elles sont, en premier lieu et presque toujours, des personnes physiques. Le droit international des droits de l'homme est encore un droit essentiellement interétatique. Ce droit stipule les obligations que les Etats sont tenus de respecter : lorsqu'un Etat devient partie à un traité, le droit international l'oblige à respecter, protéger et mettre en œuvre les droits de l'homme. Respecter les droits de l'homme signifie que les Etats évitent d'intervenir ou d'entraver l'exercice des droits de l'homme. Protéger signifie que les Etats doivent protéger les individus et les groupes contre les violations des droits de l'homme y compris lorsque ces violations dérivent des activités des entreprises transnationales. Mettre en œuvre, signifie que les Etats doivent prendre des mesures positives pour faciliter l'exercice des droits fondamentaux de l'homme.

898. En ratifiant les traités internationaux des droits de l'homme, les gouvernements s'engagent à prendre des mesures nationales et à adopter des lois compatibles avec les obligations découlant des traités. Lorsque les procédures nationales ne permettent pas de remédier aux violations des droits de l'homme, il existe des mécanismes et procédures de plaintes individuelles ou de communications aux niveaux régional et international, qui permettent de garantir le respect, la protection et l'instauration des normes internationales des droits de l'homme au niveau local.

899. Les Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et droits de l'homme de 2011 réaffirment que le devoir de respecter, protéger et mettre en œuvre les droits de l'homme incombent aux Etats. En premier lieu, il s'agit de l'Etat hôte d'une STN, mais dans des circonstances de plus en plus acceptées, il s'agit aussi de l'Etat d'origine par le biais des mesures extraterritoriales. Il n'y a pas de convention internationale sur la responsabilité des entreprises transnationales et toute tentative a jusqu'à maintenant échoué. Cependant, grâce à une résolution déposée par l'Equateur et l'Afrique du Sud, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, a établi, le 26 juin 2014, un groupe de travail pour poursuivre les travaux en vue de parvenir à un

traité en bonne et due forme en la matière. Au moment de l'écriture de ce cours, ce traité n'a pas encore vu le jour.

900. Le régime macroéconomique mondial, très orienté sur la libéralisation du commerce et des investissements depuis des décennies, a créé des conditions très favorables aux STN. Les entreprises transnationales opèrent dans une économie mondialisée, mais dans un cadre juridique qui, lui, ne l'est pas. Pour gérer les difficultés que posent les relations entre le monde des affaires et les droits humains, le représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies, sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, a proposé à travers lesdits Principes directeurs, un dispositif qui insiste sur trois principes : l'obligation des Etats de protéger contre les atteintes aux droits humains commises par des tiers, y compris des entreprises ; la responsabilité des entreprises de respecter les droits humains ; et un meilleur accès à un recours effectif pour les victimes.

901. Au-delà de la responsabilité juridique (et morale) des Etats de protéger, on prend acte des vides juridiques et juridictionnels qui favorisent l'impunité liée aux activités de quelques entreprises. Alors qu'elles sont de plus en plus nombreuses à proclamer leur attachement aux droits humains, les entreprises doivent désormais passer aux actes et soutenir activement les initiatives prises dans ce domaine.

902. C'est pourquoi, il faut admettre que dans une approche pragmatique de « *multilevel governance* », l'enjeu de la responsabilité sociétale de l'entreprise (RSE) comble un vide juridique, en termes de règles contraignantes, existantes et effectivement appliquées aux entreprises transnationales. Il ne s'agit pas de la *Law in the books*, qui abonde en matière de droits humains, mais plutôt de la *Law in action* qui fait défaut. Même si chaque filiale est assujettie aux lois de son pays d'implantation, la STN en tant que telle n'est que rarement tenue pour pleinement responsable. Le champ d'activité mondial des STN n'a jamais été réglé par la Communauté internationale des Etats avec un système cohérent de responsabilité juridique.

903. On parle donc, dans les Principes directeurs des Nations Unies, d'une « responsabilité de protéger » à la charge des STN qui est largement tributaire de la notion de redevabilité, de l'« *accountability* » plus que de la « responsabilité » au sens strict et juridique du terme.

904. Dans le langage de la RSE on parle des « parties prenantes », de « *stakeholders* » dont le concept juridique n'a jamais été précisé de façon rigoureuse. Et probablement il est impossible de le faire car on

a souvent l'impression que toutes les «parties prenantes» sont égales et disposées sur un plan horizontal. Qu'il soit permis d'en douter et c'est pourquoi, le langage du droit international des droits de l'homme privilégie, à juste titre, l'analyse en termes de créanciers et de débiteurs d'obligations juridiques. Ce que les anglophones appellent les «*right holders*» au lieu des «*stakeholders*».

905. Cependant, ce débat a eu comme effet le «renforcement» de la RSE. Si dans le passé on a beaucoup parlé de RSE comme philanthropie d'entreprise (la *corporate philanthropy*), il paraît évident que cela ne correspond pas – ou plus – à la «responsabilité sociétale de l'entreprise» comme nous la concevons aujourd'hui. Ainsi, la RSE est devenue un «phénomène de marché» avec ses experts, ses coûts, ses techniques et, bien sûr, ses détracteurs. Néanmoins, la «main invisible» d'Adam Smith a fait que maintes entreprises aujourd'hui se retrouvent à devoir connaître le droit international des droits de l'homme et à l'appliquer dans le management de leurs opérations. Dans les conseils d'administration de quelques entreprises, le PDG, les administrateurs désormais discutent des évaluations d'impact sur les droits de l'homme, de leurs décisions et des risques connexes à une évaluation erronée. Ce qui était impensable il y a cinquante ans.

906. La nature volontaire de la RSE ne diminue pas son caractère complémentaire par rapport au droit national applicable et au droit international interétatique. Certes, la diffusion de la RSE n'est autre qu'une manifestation ultérieure de la montée en puissance d'un «droit sans l'Etat», de la nouvelle *lex mercatoria*. C'est un ensemble de règles qui se développent sur la base de la loi du marché avec ses professions juridiques pour aider les entreprises à s'en doter ; ses sujets, les entreprises mêmes et ses points d'émergence, les associations sectorielles des entreprises ; éventuellement l'arbitrage pour régler les différends, s'il y en a. Inutile d'en dire plus, car il s'agit d'un vaste et désormais classique débat. Mais c'est un débat auquel il faut maintenant rajouter la contribution – sans faute ? – des Principes directeurs des Nations Unies.

907. Cependant, aujourd'hui le langage a évolué, probablement à cause des échecs de la RSE, il suffit de rappeler le récent scandale de Rana Plaza au Bangladesh où l'on a retrouvé, à côté des corps des victimes, les étiquettes des STN parmi les plus «vertueuses» en termes de RSE. C'est pourquoi la «société civile» et les consommateurs ne veulent plus entendre parler d'une «responsabilité sociétale de l'entreprise» avec assez peu de responsabilité juridique. Il faut parler désormais de «*corporate global accountability*», de «redevabilité

globale de l'entreprise», on parlerait de CGA ou en français de RGE. Pour être crédible, la RSE doit sortir définitivement des départements de marketing des entreprises pour rentrer dans tous les conseils d'administration des sociétés. En outre, la RSE ne peut pas être mise en œuvre et évaluée seulement de façon unilatérale par chaque entreprise : les «parties prenantes» doivent être impliquées et les rapports sur les résultats en matière sociale et environnementale doivent être obligatoires et vérifiables.

908. D'ailleurs, la RSE revêt une importance stratégique pour la viabilité à long terme des entreprises. Il faut toutefois s'assurer que la rentabilité de la RSE ne soit complètement abattue par les coûts qu'elle génère. Il n'existe pas de solutions universelles convenant à tous. Les pouvoirs publics doivent donc être vigilants pour éviter que certaines solutions très coûteuses des RSE ne se traduisent en une forme d'exclusion du marché de PMI au profit des grandes entreprises.

909. Il reste que quelles que soient les limites des codes de conduite des entreprises, limites dont il faut être conscient, ils peuvent être bénéfiques et le sont chaque fois que la capacité ou la volonté d'encadrement et de régulation effective des gouvernements, soit l'Etat hôte ou l'Etat d'origine, a manqué. Par ailleurs les codes de conduite et la RSE ont élargi la notion de «responsabilité d'entreprise» couvrant des activités qui peuvent être licites sur la base de la loi locale et couvrant aussi les activités des filiales et de leurs fournisseurs. Ces codes de conduite ont fait ce que le droit interétatique de l'OMC, et plus généralement la Communauté internationale des Etats, n'a pas fait : ils ont réussi à introduire un minimum de règles sur la façon de produire plutôt que sur les objets ou services produits. Ils ont rapproché les consommateurs des producteurs de tous continents pour les informer, au-delà du prix et de la qualité des produits, des incidences sociales et environnementales de leurs choix et pour les mobiliser à ce sujet.

910. On ne serait donc pas être trop cynique sur les codes de conduite et nous croyons qu'une réponse nuancée est méritée. Les entreprises, du moins la majorité d'entre elles, ont répondu à l'appel de Kofi Annan à l'ONU et elles ont fait plus que ce que les Etats pouvaient exiger d'eux. En revanche, on ne peut pas demander aux codes de conduite incarnant la RSE plus qu'ils ne peuvent donner, c'est-à-dire de se substituer complètement à la règle de droit créée et imposée par les Etats.

911. S'il y a des violations des droits de l'homme il faut que l'accès à la justice soit garanti car *remedies precede rights* ! Le dépôt de plaintes transnationales n'est pas ou plus seulement le dépôt devant le juge

compétent comme les manuels plus classiques du droit international privé le suggèrent. Dans le contexte que nous avons étudié, les juges ne sont qu'une des voies d'accès possibles à la justice, une justice souvent très difficile à obtenir pour les victimes de violations des droits de l'homme. Dans une perspective plus large, il faut donc valoriser toutes les formes institutionnelles ou non qui permettent à la victime un dédommagement ou une satisfaction équitable.

912. Il s'agit, *inter alia*, de procédures parlementaires, des institutions nationales de défense des droits de l'homme, des commissions de vérité et de réconciliation. Au niveau international, les victimes ont obtenu un plus grand accès aux cours de droits de l'homme ainsi qu'aux mécanismes de contrôle.

913. Ainsi, on a assisté ces dernières années à une diversification des procédures et des organes devant lesquels faire valoir des violations des droits de l'homme. De même on assiste de plus en plus à une augmentation des litiges transnationaux dans lesquels des poursuites sont engagées contre des STN pour des faits commis à l'étranger, l'actionnariat militant, les boycotts de consommateurs et les initiatives de médiation ou, plus rarement, d'arbitrage. Plusieurs organisations internationales ont institué des procédures où les victimes de violations des droits de l'homme peuvent participer directement. C'est le cas de l'OIT, des Points de contact de l'OCDE et même de la Banque mondiale, jadis réticente à ce propos. L'accès de l'individu au droit international est de plus en plus admis et reconnu.

914. Le Pacte mondial entre l'ONU et les entreprises a été sans précédent dans l'histoire de cette organisation et doit être salué comme une opportunité de dialogue et d'amélioration générale du respect des droits de l'homme par tout organe de la société, comme préconisée par la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. Cependant, il faut aussi que l'ONU sache tirer profit de ce dialogue sans se faire dicter l'agenda par les STN, car sa mission publique se trouverait battue en brèche si elle se mettait à légitimer des politiques qui sont loin de faire l'unanimité dans le monde.

915. C'est pourquoi la protection des droits de l'homme reste au cœur de la mission de l'ONU et du droit international, comme condition du progrès de l'humanité toute entière.

BIBLIOGRAPHIE

I. Articles et cours

- Acquier, A., et F. Aggeri, «Une généalogie de la pensée managériale sur la RSE», *Revue française de gestion*, n° 180, 2008, p. 131-157.
- Adedayo Ijalaye, D., «Indigenization Measures and Multinational Corporations in Africa», *Recueil des cours*, tome 171 (1981), p. 9-80.
- Ago, R., «Règles générales des conflits de lois», *Recueil des cours*, tome 58 (1936), p. 243-469.
- Ailincăi, M., «Exploitation des ressources naturelles et droit à un environnement sain», dans M. Alincăi et S. Lavorel, *Exploitation des ressources naturelles et protection des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2013, p. 83 ss.
- Akehurst, M., «Jurisdiction in International Law», *BYIL*, 1972-1973, p. 145-257.
- Alpa, G., «La responsabilité civile en Italie : Problèmes et perspectives», *Revue int. dr. comparé*, 1986, p. 1097-1133.
- Alvarez, J., «The Public International Law Regime Governing International Investment», *Recueil des cours*, tome 344 (2009), p. 193-544.
- Anaya, C., et S. J. Grossman, «The Case of *Awas Tingni v. Nicaragua*: A New Step in the International Law of Indigenous Peoples», *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 19, n° 1, 2002, p. 1-15.
- Angelo, H. G., «Multinational Corporate Enterprises: Some Legal and Policy Aspects of a Modern Social-Economic Phenomenon», *Recueil des cours*, tome 125 (1968), p. 443-625.
- Anzilotti, D., «La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par les étrangers», *RGDIP*, 1906, p. 291.
- Arangio-Ruiz, G., «Le domaine réservé: l'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne: cours général de droit international public», *Recueil des cours*, tome 225 (1990), p. 9-484.
- Atiyah, P. S., «L'évolution du droit anglais de l'accord vers la reliance et l'exclusion de la responsabilité pour vices dans la vente de marchandises», dans D. Tallon et D. Harris (dir. publ.), *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, Paris, LGDJ, 1987, p. 60.
- Aubertin, Ch., «Les associations en droit international privé français», *JDI* 1983, p. 543 ss.
- Audit, B., «Extra-territorialité et commerce international. L'affaire du gazoduc sibérien», *Rev. crit. DIP* 1983, p. 401.
- Audit, M., et M.-L. Niboyet, «L'affaire «Vivendi Universal SA» ou comment une *class action* diligentée aux Etats-Unis renouvelle le droit du contentieux en France. A propos de TGI Nanterre, ord. réf., 27 août 2009 et CA Paris, 28 avril 2010»: *Gaz. Pal.* 28 mai 2010.
- Audit, M., «L'arbitrage international confronté à l'extraterritorialité des lois», *Rev. arb.*, 2015, p. 1001-1035.
- Bailes, A., et C. Holmqvist, «Les affaires et la sécurité: quel rôle pour le secteur privé?», *Politique étrangère*, n° 1, mars 2006, p. 119-130.
- Barboza, J., «International Criminal Law», *Recueil des cours*, tome 278 (1999), p. 9-199.
- Basedow, J., «The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation of International Relations: General Course on Private International Law», *Recueil des cours*, tome 360 (2012), p. 9-516.
- Bassiouni, Ch., «Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice», dans Ch. Bassiouni (dir. publ.), *International Criminal Law*, 3^e éd., Leiden, 2008, p.153 ss.

- Baxi, U., «Mass Torts : Multinational Enterprises Liability and Private International Law», *Recueil des cours*, tome 276 (1999), p. 297-426.
- Beignier, B., «Interrogations sur la déontologie», dans *La morale et le droit des affaires*, Montchrestien, 1996, p. 31 ss.
- Berra, D., «Les chartes d'entreprise et le droit du travail», dans *Mélanges M. Despax*, 2002, p. 125.
- Bettati, M., «Réflexions sur la portée du Code international de conduite pour le transfert de technologie : éloge de l'ambiguïté», dans *Etudes Colliard*, Paris, Pedone, 1984, p. 83 ss.
- Bismuth, R., «Les fonds souverains face au droit international – Panorama des problèmes juridiques posés par des investisseurs peu ordinaires», *AFDI*, 2010, 2011, p. 567-606.
- Boele-Woelki, K., «Unifying and Harmonizing Substantive Law and the Role of Conflict of Laws», *Recueil des cours*, tome 340 (2009), p. 271-461.
- Bos, M., «La compétence extraterritoriale des Etats, Rapport à l'IDI», *Annuaire IDI*, vol. 65, 1993, tome I, p. 14-48, 97-133, 171-190.
- Boschiero, N., «Corporate Responsibility in Transnational Human Rights Cases, The U. S. Supreme Court Decision in *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, p. 249-292.
- Bothe, M., «La juridiction universelle en matière de crimes de guerre – menace sérieuse contre les criminels?», dans *Droit du pouvoir, Pouvoir du droit, Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 833-854.
- Boucobza, X., et Y.-M. Serinet, «Les principes du procès équitable dans l'arbitrage international», *JDI*, 2012, p. 41 ss.
- Bourquin, M., «Crimes et délits contre la sûreté des Etats étrangers», *Recueil des cours*, tome 16 (1927), p. 117-246.
- Boyle, A., «Between process and substance; sustainable development in the jurisprudence of international courts and tribunals», dans H. Bugge et C. Voigt (dir. publ.), *Sustainable Development in International and National Law: What Did the Brundtland Report Do to Legal Thinking and Legal Development and Where Can we Go from Here?*, Groningen, Europa Law Publishing, 2008, p. 212.
- Broches, A., «The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other states», *Recueil des cours*, tome 136 (1972), p. 331-410.
- Brown Weiss, E., «The Evolution of International Water Law», *Recueil des cours*, tome 331 (2007), p. 163-404.
- Bucher, A., «L'ordre public et le but social des lois en droit international privé», *Recueil des cours*, tome 239 (1993), p. 9-116.
- , «La compétence universelle civile», *Recueil des cours*, tome 372 (2014), p. 21-127.
- Burgorgue-Larsen, L., «Les nouvelles tendances dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones y Internacionales de Vitoria Gasteiz*, 2008, Université du Pays basque, Bilbao, 2009, p. 149-180.
- Caffisch, L., «Cent ans de règlement pacifique des différends», *Recueil des cours*, tome 288 (2001), p. 245-467.
- Cançado Trindade, A. A., «Co-Existence And Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights: (at Global and Regional Levels)», *Recueil des cours*, tome 202 (1987), p. 9-435.
- , «International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium (I): General Course on Public International Law», *Recueil des cours*, tome 316 (2005), p. 9-439; II^e partie dans *Recueil des cours*, tome 317, 2005, p. 9-312.
- Cantillon, G., «Marchés publics et développement durable», *JCL Contrats et marchés publics*, fascicule 57, 2011.
- Carreau, D., «Le nouvel ordre économique international», *JDI*, 1977, p. 597 ss.
- Cassese, A., «Is the Bell Tolling for Universality? A Plea for a Sensible Notion of

- Universal Justice», *Journal of International Criminal Justice*, 2003, vol. 1, n° 3, p. 589-593.
- Cassin, R., «La déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme», *Recueil des cours*, tome 79 (1951), p. 237-367.
- Cassin, R., «Les droits de l'homme», *Recueil des cours*, tome 140 (1974), p. 321-332.
- Cavallaro, J., et S. E. Brewer, «Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty First Century: The Case of the Inter-American Court», *AJIL*, 2008, p. 768.
- Charney, J., «Transnational Corporations and Developing Public International Law», *Duke Law Journal*, 1983, p. 748 ss.
- Chen, Wei Zou, «La codification du droit international privé chinois», *Recueil des cours*, tome 359 (2012), p. 87-284.
- Cohen-Jonathan, G., «Responsabilité pour atteinte aux droits de l'homme», dans *SFDI, La responsabilité dans le système international*, Paris, Pedone, 1991, p. 101-135 et ici p. 112-115.
- Collins, L., «Provisional and Protective Measures in International Litigation», *Recueil des cours*, tome 234 (1992), p. 9-238.
- Condorelli, L., «L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite», *Recueil des cours*, tome 189 (1984), p. 149-156.
- Corapi, D., «Imprese multinazionali», dans *Dig. comm.*, Turin, 1992, VII, p. 249.
- Cossy, V. M., «Le statut de l'eau en droit international économique», dans L. Boisson de Chazournes et M. A. Salman (dir. publ.), *Les ressources en eau et le droit international*, Kluwer, La Haye, 2005, p. 169-208.
- Crook, J., «Contemporary Practice of the United States Relating to International Law», *AJIL*, 105, 2011, p. 775-818.
- Damrosch, L., «Enforcing International Law Through Non-Forcible Measures», *Recueil des cours*, tome 269 (1997), p. 155-193.
- Daoud, E., et J. Ferrari, «La RSE sociale : de l'engagement volontaire à l'obligation juridique», *JCP S* 2012, p. 1391.
- Daoud, E., et C. Le Corre, «Arrêt Erika : marée verte sur le droit de la responsabilité civile et pénale des compagnies pétrolières», *Lamy Affaires*, novembre 2012, p. 1 ss.
- D'Argent, P., «L'expérience belge de la compétence universelle : beaucoup de bruit pour rien», *RGDIP*, 2004, p. 597-632.
- Daugareilh, I., «La contrattazione collettiva internazionale», *Lavoro e diritto*, 2005, p. 599-630.
- , «Le droit à l'épreuve de la RSE», dans C. Gendron et B. Girard, *Repenser la responsabilité sociale de l'entreprise*, éd. Armand Colin, 2013.
- Daugareilh, I., et O. Maurel, «Les droits de l'Homme, socle de la responsabilité des entreprises», dans O. Maurel (dir. publ.), *La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme. Nouveaux enjeux, nouveaux rôles*, Paris, La doc. française, 2009, p. 125-152.
- David, E., «La loi belge sur les crimes de guerre», *RBDI*, 1995, p. 668-684.
- De Beco, G., «Human rights impact assessments», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 27, n° 2, 2009, p. 139-166.
- De la Muela, M., «Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litige comportant un élément international», *Recueil des cours*, tome 135 (1972), p. 1-96.
- De Schutter, O. et al., «La diligence raisonnable en matière des droits humains : le rôle des Etats», *Rapport du European Coalition for Corporate Justice*, 2012.
- De Schutter, O., «Les affaires Total et Unocal : complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme», dans *AFDI*, 2006, p. 55-101.
- De Schutter, O. et al., «Commentary to the Maastricht Principles on the Extra-territorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights», dans *Human Rights Quarterly*, vol. 34, 2012, p. 1084-1169.

- De Vabres, D., «L'action publique et l'action civile dans les rapports de droit pénal international», *Recueil des cours*, tome 26 (1929), p. 207-310.
- , «Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international», *Recueil des cours*, tome 70 (1947), p. 477-611.
- De Visscher, C., «Le déni de justice en droit international», *Recueil des cours*, tome 52 (1935), p. 365-442.
- Decaux, E., «Les formes contemporaines de l'esclavage», *Recueil des cours*, tome 336 (2008), p. 9-197.
- , «La responsabilité des sociétés transnationales en matière de droits de l'homme», *RSC*, 2005, p. 789.
- , «La forme et la force obligatoire des codes de bonne conduite», *AFDI*, 1983, p. 81 ss.
- Delebecque, Ph., «Après l'arrêt Erika», dans *Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Gilles Martin*, 2013, p. 163.
- , «L'arrêt Erika, un grand arrêt de droit pénal, de droit maritime ou de droit civil», *D.*, 2012, 2711.
- Dennis, M. J., «Application of Human Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflicts and Military Occupation», *AJIL*, 2005, p. 99.
- Desbarats, I., «Codes de conduite et chartes éthiques des entreprises privées, regard sur une pratique en expansion», *JCP, éd. E*, 2003. I. 112, n° 8.
- Deumier, P., «Chartes et codes de conduite des entreprises : les degrés de normativité des engagements éthiques», *RTD civ.*, 2009, p. 77.
- , «La responsabilité sociale de l'entreprise et les droits fondamentaux», *D.*, 2013, p. 1564.
- Diez de Velasco, M., «La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires», *Recueil des cours*, tome 141 (1974), p. 87-185.
- Dodge, W. S., «Understanding the Presumption Against Extraterritoriality», *Berkeley J. Int'l Law*, 1998, p. 85.
- Dumas, J., «La sauvegarde internationale des droits de l'homme», *Recueil des cours*, tome 59 (1937), p. 1-97.
- Farjat, G., «Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés», dans J. Clam et G. Martin (dir. publ.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 151.
- , «Réflexion sur les codes de conduite privés», *Mélanges Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 47.
- Fasterling, B., et J.-C. Duhamel, «Le comply or explain : la transparence conformiste en droit des sociétés», *Rev. int. de droit économique*, 2009/2, p. 129.
- Fatouros, A., «Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales : perspectives actuelles et possibilités futures», dans *Etudes en l'honneur de Pierre Lalive*, 1993, p. 231.
- Fawcett, J., «The Impact of Article 6 (1) of the ECHR on Private International Law», *ICLQ*, 2007, 56.
- Fernandez Arroyo, D. P., «Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales», *Recueil des cours*, tome 323 (2006), p. 9-260.
- Fragistas, N., «La compétence internationale en droit privé», *Recueil des cours*, tome 104 (1961), p. 159-271.
- Frydman, B., et G. Lewkowicz, «Les codes de conduite : source du droit global?», dans Y. C. Artuyvels et al. (dir. publ.), *Les sources du droit revisitées*, Bruxelles, Presses des facultés universitaires de Saint-Louis, 2013.
- Gaeta, P., C. Bassiouni et A. Clapham, «The Question of Jurisdiction under International Criminal Law over Legal Persons», dans S. Zia-Zarifi (dir. publ.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, p. 139 ss.
- Gaillard, É., «Etats-Unis : coup d'arrêt aux class actions extra-territoriales. A propos de l'arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis du 24 juin 2010», *JCP G*, 5 juillet 2010, p. 1381.
- Gallagher, K., «Civil Litigation & Transnational Business: An Alien Tort Statute Primer», *Journal of International Criminal Justice*, 2010, p. 1-23.

- Gannagé, L., «L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs», dans *Travaux du comité français de droit international privé, années 2006-2008*, Paris, Pedone, 2009, p. 205.
- Garcimartin Alférez, F., «Cross Border Listed Companies», *Recueil des cours*, tome 328 (2007), p. 9-174.
- Gaudemet Tallon, H., «Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) : cours général», *Recueil des cours*, tome 312 (2005), p. 9-488.
- , «Compétence internationale», *Rép. pr. civ. Dalloz*, 1998, p. 15, n° 62.
- , «Le droit au juge à l'épreuve des règles de compétence judiciaire internationale», dans *Le droit à la mesure de l'homme, Mélanges Ph. Léger*, Pedone, 2006, p. 173.
- Gillies, A., «Reputational Concerns and the Emergence of Oil Sector Transparency as an International Norm», dans *International Studies Quarterly*, vol. 54, n° 1, mars 2010, p. 103-126.
- Goldhaber, V., «Corporate Human Rights Litigation in Non-U. S. Courts: A Comparative Scorecard», *UC Irvine Law Review*, 2013, p. 137-149.
- Goldman, B., «Le droit des sociétés internationales», *JDI*, 1963, p. 320.
- Gonzalez Volio, L., «Los pueblos indígenas y el ejercicio de los derechos políticos de acuerdo a la Convención Americana: el caso Yatama c. Nicaragua», *Revista IIDH*, 2005, n° 41, p. 317-346.
- Grossi, P., «Globalizzazione, diritto, scienza giuridica», dans *Foro it.*, 2002, V, vol. 151.
- Guillaume, G., «La compétence universelle, formes anciennes et nouvelles», dans *Mélanges Lévassieur*, Paris, Litec, 1992, p. 37 ss.
- Guinchar, S., «Vingt ans après : l'évolution de la publicité mensongère», *Mélanges A. Chavanne*, 1990, Litec, p. 11.
- Guyon, Y., «Personnalité morale des sociétés», *Jurisclasser sociétés*, fascicule 17-É-2.
- Honorat, J., «Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel», *RTD civ.*, 1969, p. 653.
- Hopt, K., «Comparative Corporate Governance: The State of the Art and International Regulation», *The American Journal of Comparative Law*, 2011, p. 1 ss.
- Jacquet, J. M., «La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international», *JDI*, 1985, p. 327.
- Jägers, N., et M.-J. Van Der Heijden, «Corporate Human Rights Violations: The feasibility of Civil Recourse in the Netherlands», *Brook. J. Int'L.L.*, 2008, vol. 33, p. 849.
- Jayme, E., «Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation/conférence prononcée le 24 juillet 2000», *Recueil des cours*, tome 282 (2000), p. 9-40.
- , «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne», *Recueil des cours*, tome 251 (1995), p. 9-267.
- Juillard, P., «L'évolution des sources du droit des investissements internationaux», *Recueil des cours*, tome 250 (1994), p. 9-216.
- Kahn, Ph., «Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique francophone», *JDI*, 1965, p. 341-359.
- , «Les investissements internationaux, nouvelles données: un droit transnational de l'investissement», dans *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New Aspects of International Investment Law*, P. Kahn et Th. Wälde (dir. publ.), Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 6.
- Keeton, M., «Extraterritoriality in International and Comparative Law», *Recueil des cours*, 1948-I, tome 72, p. 283-391.
- Kerbrat, Y., «La responsabilité des entreprises peut-elle être engagée pour des violations du droit international?», dans H. Gherari et Y. Kerbrat (dir. publ.), *L'entreprise dans la société internationale*, Pedone, 2010, p. 95.
- Kessedjian, C., «Les actions pour violation des droits de l'homme – Aspects de droit international privé», *Travaux comité fr. DIP 2002-2004*, Pedone, 2005, p. 151.

- , «Remarques conclusives», dans *L'éthique dans les relations économiques internationales, en hommage à Ph. Fouchard*, Pedone, 2006, p. 229.
- Khanna, V., «Corporate Criminal Liability: What Purpose Does it Serve?», *Harvard L. Rev.*, 1996, p. 1532 ss.
- Kinley, D., et R. Chambers, «The UN Human Rights Norms for Corporations: The Private Implications of Public International Law», *The Human Rights Review*, 2006, p. 479.
- Kinsch, P., «Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé», *Recueil des cours*, tome 318 (2005), p. 9-331.
- Knox, J., «Horizontal Human Rights Law», *AJIL*, 2008, p. 102 ss.
- Kopelmanas, L., «L'application du droit national aux sociétés multinationales», *Recueil des cours*, tome 150 (1976), p. 295-336.
- Lagarde, P., «Public Policy», dans K. Zweigert et U. Drobnig (dir. publ.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III: Private International Law, chapitre 1, 1994.
- Lagerwall, A., «Que reste-t-il de la compétence universelle au regard de certaines évolutions législatives récentes?», *AFDI*, 2009, p. 743 ss.
- Lalive, J.-F., «Contrats entre Etats ou entreprises publiques et personnes privées», *Recueil des cours*, tome 181 (1983), p. 9-283.
- Lambert, P., «L'arbitrage et l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme», dans P. Lambert (dir. publ.), *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis, Bruylant, coll. droit et justice, 2001, p. 13.
- Laronze, F., «La norme ISO 26000, source de droit en matière sociale?», *Dr. soc.*, 2013, p. 345.
- Laronze, F., et R. de Quenaudon, «Réflexions juridiques après la tragédie du Rana Plaza - Dacca, 24 avril 2013», *RDT*, 2013, n° 7, p. 487.
- Lauterpacht, H., «The International Protection of Human Rights», *Recueil des cours*, tome 70 (1947), p. 1-108.
- Leben, Ch., «La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements», *Recueil des cours*, tome 302 (2003), p. 197-386.
- Loussouarn, Y., M. Trochu et R. Sotomayor, «Conflits de juridictions en matière de sociétés», *JCl. Droit international*, fascicule 194-30 (2010).
- Lowe, V., «Corporations as International Actors and Law Makers», *IYIL*, 2004, p. 23-38.
- Lowenfeld, A., «Congress and Cuba: The Helms-Burton Act», *AJIL*, 1996, p. 433.
- , «International Litigation and the Quest for Reasonableness», *Recueil des cours*, tome 245 (1994), p. 9-319.
- Lyons, B., «Getting to Accountability: Business, Apartheid and Human Rights», *NQHR*, 1999, p. 135.
- Mackay, F., «Universal Rights or a Universe unto Itself? Indigenous Peoples' Human Rights and the World Bank's Draft Operational Policy 4.10 on Indigenous Peoples», *American University International Law Review*, vol. 17, n° 3, 2002, p. 527-624.
- Mahiou, A., «Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité: cours général de droit international», *Recueil des cours*, tome 337 (2008), p. 9-516.
- Mandelstam, A., «La protection internationale des droits de l'homme», *Recueil des cours*, tome 38 (1931), p. 125-232.
- Mann, F., «The Doctrine of Jurisdiction Revisited after Twenty Years», *Recueil des cours*, tome 186 (1984), p. 9-116.
- , «International Corporations and National Law», *BYBIL*, 1967, p. 146.
- Marrella, F., «Human Rights, Arbitration and Corporate Social Responsibility in the Law of International Trade», dans W. Benedek, K. De Feyter et F. Marrella (dir. publ.), *Economic Globalisation and Human Rights*, Cambridge, CUP, 2007, p. 266-310.

- , «L'individu en droit international économique», dans J.-M. Sorel (dir. publ.), *Le droit international économique à l'aube du XXI^e siècle. En hommage aux professeurs D. Carreau et P. Julliard*, Paris, Université Paris I Panthéon Sorbonne, Pedone, vol. 20, 2009, p. 191-238.
- Martin-Bidou, P., «La protection des eaux», *Jurisclasseur administratif*, n° 363, 2013.
- Matscher, F., «Etude des règles de compétence judiciaire internationale dans certaines conventions internationales», *Recueil des cours*, tome 161 (1978), p. 127-228.
- Maupain, F., «L'OIT, la justice sociale et la mondialisation», *Recueil des cours*, tome 278 (1999), p. 201-396.
- Mayer, P., «La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes de droit international privé», *RCDIP*, 1991, p. 651 ss.
- , «Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé», *Recueil des cours*, tome 327 (2007), p. 9-378.
- , «Droit international public et droit international privé sous l'angle de la notion de compétence», *RCDIP*, 1979, p. 370.
- , «Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois», *Droits, revue française de théorie juridique*, 1985, p. 129-143.
- , «Le rôle du droit public en droit international privé», *Rev. int. dr. comp.*, 1986, p. 177-228.
- McCorquodale, R., et P. Simons, «Responsibility beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law», *Modern Law Review*, 2007, p. 598-625.
- Meron, Th., «Extraterritoriality of Human Rights Treaties», *AJIL*, 1995, p. 78.
- , «International Law in the Age of Human Rights: General Course on Public International Law», *Recueil des cours*, tome 301 (2003), p. 9-489.
- Miaja De La Muela, A., «Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international», *Recueil des cours*, tome 135 (1972), p. 1-96.
- Montaz, D., «Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux», *Recueil des cours*, tome 292 (2001), p. 9-145.
- Moreau, M. A., «Travail forcé, RSE et sous-traitance dans l'industrie textile en Asie: réflexions sur l'action de l'OIT», *Dr. soc.*, 2014, p. 413.
- , «Négociation collective transnationale: réflexions à partir des accords-cadres internationaux du groupe Arcelor-Mittal», *Dr. soc.*, 2009, p. 93.
- Moreau, M. A., et G. Trudeau, «Les normes du droit du travail confrontées à l'évolution de l'économie: de nouveaux enjeux pour l'espace régional», *JDI*, 2000, p. 915.
- Moulier, I., «Observations sur l'*Alien Tort Claims Act* et ses implications internationales», *AFDI*, 2003, p. 129-164.
- Mousseron, J.-M., «La gestion des risques par le contrat», *RTD civ.* 1988, n° 3, p. 481.
- Muir Watt, H., «Aspects économiques du droit international privé», *Recueil des cours*, tome 307 (2004), p. 25-383.
- , «Les enjeux de l'affaire Kiobel: le chaînon manquant dans la mise en œuvre de la responsabilité des entreprises multinationales en droit international public et privé», *Trav. com. fr. DIP 2010-2012*, 2013, p. 238.
- , «L'*Alien Tort Statute* devant la Cour suprême des Etats-Unis; territorialité, diplomatie judiciaire ou économie politique», *Rev. crit. dip.*, 2013, p. 595.
- Najar, M., «La responsabilité sociale de l'entreprise», dans *Arch. phil. droit*, 2013, p. 296.
- Niemeyer, T., «Les sociétés de commerce», *Recueil des cours*, tome 4 (1924), p. 1-64.
- Norberg, N., «Entreprises multinationales et lois extraterritoriales: l'interaction entre le droit américain et le droit international», *Rev. sc. crim.*, 2005, p. 739.

- Ondo, T., «La compétence universelle en Afrique : essai d'analyse», *RDIDC*, 2011, p. 53 ss.
- Oppetit, B., «Ethique et droit des affaires», *Mélanges A. Colomer*, Litec, 1993.
- , «Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international», *JDI*, 1987, p. 5-21.
- Osman, F., «Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc.», *RTD com.* 1995, n° 10, p. 515.
- Parodi, F., «La coordination entre armées régulières et sociétés militaires privées : complémentarité ou concurrence?», dans J.-M. Sorel et I. Fouchard (dir. publ.), *Les tiers aux conflits armés et la protection des populations civiles*, Paris, Pedone, 2010, p. 19-37.
- Parra, A., «The Convention and Centre for Settlement of Investment Disputes», *Recueil des cours*, tome 374 (2015), p. 313-410.
- Pella, V., «La répression des crimes contre la personnalité de l'Etat», *Recueil des cours*, tome 33 (1930), p. 631-837.
- Pellet, A., «“Human rightism” and International Law», *IYIL*, 2000, p. 1 ss.
- Perulli, A., *Diritto del lavoro e globalizzazione. Clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Padoue, Cedam, 1999, p. 265 ss.
- Picone, P., «La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé», *Recueil des cours*, tome 197 (1986), p. 229-420.
- , «Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cours général de droit international privé», *Recueil des cours*, tome 276 (1999), p. 9-296.
- Pinsolle, Ph., «Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international», *JDI*, 1998, p. 905.
- Pisillo Mazzeschi, R., «Responsabilité de l'Etat pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme», *Recueil des cours*, tome 333 (2008), p. 175-506.
- Poillot-Peruzzetto, S., «Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire», *Trav. com fr. DIP*, 2002-2004, p. 65.
- Pugliatti, S., «Autoresponsabilité», *Enc. diritto*, IV, Milan, 1959, p. 452.
- Racine, J.-B., «La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l'environnement», *Rev. jur. env.*, 1996, p. 409.
- Radicati di Brozolo, L., «Arbitrage commercial international et lois de police», *Recueil des cours*, tome 315 (2006), p. 265-501.
- Ranjeva, R., «Les organisations non gouvernementales et la mise en œuvre du droit international», *Recueil des cours*, tome 270 (1997), p. 9-105.
- Raymond, G., «Publicité commerciale et protection des consommateurs», *J.-Cl. conc., consomm*, fascicule 900.
- Reisman, M., «Protecting Indigenous Rights in International Adjudication», dans *AJIL*, 1996, p. 590 ss.
- , «The Quest for World Order and Human Dignity in the Twenty-First Century : Constitutive Process and Individual Commitment», *Recueil des cours*, tome 351 (2010), p. 9-381.
- Rétornaz, V., et B. Volders, «Le for de nécessité : tableau comparatif et évolutif», *Rev. crit. DIP*, 2008, p. 225.
- Rigaux, F., «Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale», *Recueil des cours*, tome 213 (1989), p. 292-334.
- , «Les sociétés transnationales», dans M. Bedjaoui (dir. publ.), *Le droit international : bilan et perspectives*, Paris, Pedone, Unesco, 1991, p. 129-139.
- Robin Olivier, S., R. Beauchard et D. de la Garanderie, «La responsabilité sociale de l'entreprise», *Rev. dr. tr.*, 2011, p. 395.
- Ronzitti, N., «La Cour constitutionnelle italienne et l'immunité juridictionnelle des Etats», *AFDI*, 2014, p. 3-15.
- Roucounas, E., «Facteurs privés et droit international public», *Recueil des cours*, tome 299, 2002, p. 9-419.
- Sacerdoti, G., «Multinazionali (imprese)», dans *Dig. comm.*, Turin, 1994, X, p. 119.

- , «Le società e le imprese nel diritto internazionale: dalla dipendenza dallo Stato nazionale a diretti destinatari di obblighi e responsabilità internazionali», *Dir. comm. int.*, 2013, p. 109 ss.
- , «Nascita, affermazione e scomparsa del Nuovo ordine economico internazionale», dans A. Ligustro et G. Sacerdoti (dir. publ.), «Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia», *Liber Amicorum in onore di Paolo Picone*, Naples, 2011, p. 127 ss.
- Schrijver, N., «The Evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status», *Recueil des cours*, tome 329 (2007), p. 217-412.
- Seatzu, F., «A Plea for Civil Remedy: The Municipal Implementation of Fundamental Rights Provisions in the Framework of Regulation (EU) n° 1515/2012», *YPIL*, 15, 2013/14, p. 196-210.
- Seidl-Hohenveldern, I., «The impact of Public International Law on Conflict of Law Rules on Corporations», *Recueil des cours*, tome 123 (1968), p. 1-116.
- Sériaux, A., «L'engagement unilatéral en droit positif français actuel», dans *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, 1999, Paris, Economica, p. 7.
- Shawcross, L., «The Problem of Foreign Investment in International Law», *Recueil des cours*, tome 102 (1961), p. 335-363.
- Siblini-Vallat, A., «Les normes matérielles internationales d'entreprises», *Rev. crit. DIP*, 1988, p. 683.
- Sobczak, A., «Les enjeux juridiques des accords-cadres internationaux», dans B. Saincy et M. Descolonges (dir. publ.), *Les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale*, Paris, La découverte, 2006, p. 94.
- , «Le cadre juridique de la responsabilité sociale des entreprises en Europe et aux Etats-Unis», *dr. soc.*, 2002, p. 806.
- Soek, J. W., «Recent Developments in the Field of *Cautio Judicatum Solvi*, Cost Free Access and Free Legal Assistance», dans *Netherlands Int. L. Rev.*, 1981, p. 284 ss.
- Soto, L. C., «Los derechos de los pueblos indígenas, el Caso de la Comunidad Mayagna (sumo) rumos tingni ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Os rumos do direito internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade*, Porte Alegre, Fabris, 2005, vol. 5, p. 551-575.
- Stephens, B., «Kiobel and the Weakening of Precedent: A Long Walk for a Short Drink», *AJIL*, 107, 2013, p. 841-845.
- , «Translating Filártiga: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies for International Human Rights Violations», *Yale Journal of International Law*, 27, 2002, p. 1-57.
- , «Corporate Accountability: International Human Rights Litigation Against Corporations in US Courts», dans M. T. Kamminga et S. Zia-Zarifi (dir. publ.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, Kluwer Law International, 2000, p. 210.
- Stern, B., «L'extraterritorialité «revisitée»: où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de Bois et de quelques autres...», *AFDI*, 1992, 38, p. 289-294.
- , «Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit», *AFDI*, 1986, p. 7-52.
- Stoufflet, J., «Les financements bancaires et les activités industrielles polluantes», *Mélanges Van Ommeslaghe*, Bruylant, 2000, n° 19.
- Struycken, A. V. M., «Co-ordination and Co-operation in Respectful Disagreement: General Course on Private International Law», *Recueil des cours*, tome 311 (2004), p. 9-551.
- Supiot, A., «La réglementation patronale de l'entreprise», *Dr. soc.*, 1992, p. 215.
- , «Du nouveau *self service* normatif: la responsabilité sociale des entreprises», dans *Mélanges Jean Pelissier. Analyse juridique et valeurs en droit social*, Paris, Dalloz, 2004, p. 541 ss.
- Tanzi, A., «Reducing the Gap between International Water Law and Human Rights

- Law: The UNECE Protocol on Water and Health», *International Community Law Review*, 2010, 12, p. 267-285.
- Tanzi, A., A. Asteriti, R. Polanco Lazo et P. Turrini, *International Investment Law in Latin America*, Brill, 2016.
- Teyssié, B., «La loi applicable aux accords transnationaux d'entreprise ou de groupe», dans *Mélanges H. Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, p. 821 ss.
- Thouvenin, J.-M., «Les fonds souverains et le (mal) développement», dans *SFDI, Droit international et développement*, Colloque de Lyon, Paris, 2015, p. 99 ss.
- Thürer, D., «International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context», *Recueil des cours*, tome 338 (2008), p. 9-370.
- Travers, M., «La nationalité des sociétés commerciales», *Recueil des cours*, tome 33 (1930), p. 1-111.
- Vagts, D., «Dispute-Resolution Mechanisms in International Business», *Recueil des cours*, tome 203 (1987), p. 9-94.
- , «The UN Norms for Transnational Corporations», *Leiden Journal of International Law*, 2003, p. 795-802.
- Van Houtte, H., «A propos des injonctions *anti-suit* et d'autres torpilles pour couler des actions étrangères», dans M.-T. Caupain et G. de Leval (dir. publ.), *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 147.
- Vasak, K., «Le droit international des droits de l'homme», *Recueil des cours*, 1974, tome 140, p. 333-429.
- Verdross, A., «Les règles internationales concernant le traitement des étrangers», *Recueil des cours*, tome 37 (1931), p. 323-412.
- Verhoeven, J., «Droit international public et droit international privé: où est la différence?», *Archives de phil. droit*, 1987, p. 23-34.
- Virally, M., «La Charte des droits et devoirs économiques des Etats: notes de lecture», *AFDI*, 1974, vol. 20, p. 55-77.
- Von Mehren, A. T., «Theory and Practice of Adjudicatory Authority in Private International Law: a Comparative Study of the Doctrine, Policies and Practices of Common and Civil Law Systems. General Course on Private International Law», *Recueil des cours*, tome 295 (2002), p. 9-431.
- Weil, P., «Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier», *Recueil des cours*, tome 128 (1969), p. 95-240.
- Weinberg, L., «What we Don't Talk About When we Talk About Extraterritoriality: Kiobel and the Conflict of Laws», *Cornell Law Review*, 2014, p. 1471-1531.
- Weissbrodt, D., et M. Kruger, «Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and other Business Enterprises with Regard to Human Rights», *AJIL*, 2003, p. 901 ss.
- Wuerth, I., «Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., The Supreme Court and the Alien Tort Statute», *AJIL*, 107, 2013, p. 601-621.

II. Ouvrages

- Addo, M. (dir. publ.), *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*, Kluwer Law International, La Haye, 1999.
- Alincai, M., et S. Lavorel, *Exploitation des ressources naturelles et protection des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2013.
- Alpa, G., *Istituzioni di diritto privato*, 2^e éd., Turin, 1997.
- Alston, P. (dir. publ.), *Non State Actors and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- Ascencio, H., E. Decaux et A. Pellet (dir. publ.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000.
- , *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000.
- Association Henri Capitant, *La circulation du modèle juridique français: Journées franco-italiennes*, Paris, Litec, 1994.
- Audit, B. et L. D'Avout, *Droit International privé*, 7^e éd, Paris, Economica, 2013.
- Audit, M., S. Bollée et P. Callé, *Droit du commerce et des investissements étrangers*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2016.

- August, R., D. Mayer et M. Bisby, *International Business Law*, 6^e éd., Pearson, 2014.
- Barel, B., et S. Armellini, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Milan, Giuffrè, 2016.
- Bartin, E., *Principes de droit international privé*, I, Paris, Domat-Montchrestien, 1930.
- Batiffol, H., et P. Lagarde, *Droit international privé*, I, 8^e éd., Paris, LGDJ, 1983, tome II, 7^e éd., Paris, LGDJ, 1983.
- Bedjaoui, M., *Pour un nouvel ordre économique international*, UNESCO, 1979.
- Benedek, W., K. De Feyter et F. Marrella, *Economic Globalisation and Human Rights*, Cambridge, CUP, 2007.
- Bergé, S., M. Forteau, M. L. Niboyet et J.-M. Thouvenin, *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales. Regards croisés d'internationalistes privatistes et publicistes*, Paris, Pedone, 2011.
- Bernini, G., *Un secolo di filosofia antitrust. Il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana*, Bologne, Clueb, 1991.
- Bertin, G., *Les sociétés multinationales*, Paris, PUF, 1975.
- Beurier, J., *Droits maritimes*, Paris, Dalloz, 2015.
- Bianca, C. M., *Il contratto*, 2^e éd., Milan, Giuffrè, 2015.
- Boisson de Chazournes, L., et E. Mazuyer (dir. publ.), *Le Pacte mondial des Nations Unies dix ans après*, Bruxelles, Bruylant, 2011.
- Bonfanti, A., *Imprese multinazionali, diritti umani e ambiente. Profili di diritto internazionale pubblico e privato*, Milan, Giuffrè, 2012.
- Bonnafeux-Bouchet, M., et Y. Pesqueux (dir. publ.), *Décider avec les parties prenantes*, Paris, La découverte, 2006.
- Bowen, H., *Social Responsibilities of the Businessman*, New York, Harper, 1953.
- Boy, L., J. B. Racine et F. Siiriainen (dir. publ.), *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2009.
- Boyd, D., *The Environmental Rights Revolution. A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment*, UBC Press, 2012.
- Bureau, D., et H. Muir Watt, *Droit international privé*, 2 vol., 3^e éd., Paris, PUF, 2014.
- Bureau du Pacte mondial des Nations Unies, *Le Pacte mondial des Nations Unies. L'entreprise citoyenne dans l'économie mondiale*, UN Global Compact Office, octobre 2008.
- Burgogue-Larsen, L., et A. Ubeda De Torres, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008.
- Calvo Caravaca, A., et J. Carrascosa Gonzales, *Derecho internacional privado*, I-II, 16^e éd., Comores, Grenade, 2016.
- Cançado Trindade, A., *Evolution du droit international au droit des gens. L'accès des individus à la justice internationale. Le regard d'un juge*, Paris, Pedone, 2008.
- , *Le droit international pour la personne humaine*, Paris, Pedone, 2011.
- Capron, M., et F. Quairel, *La norme ISO 26000, une norme hors norme*, Paris, La découverte, 2010.
- Carbone, S. M., M. Lopez de Gonzalo et P. Celle, *Diritto marittimo*, 5^e éd., Turin, Giappichelli, 2015.
- Carreau, D., et P. Juillard, *Droit international économique*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2014.
- Carreau, D., et F. Marrella, *Diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 2016.
- , *Droit international*, Paris, Pedone, 2012.
- Cassese, A., et M. Delmas-Marty, *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002.
- Cassese, A., *I diritti umani oggi*, Rome, Bari, Laterza, 2005.
- , *International Criminal Law*, 3^e éd., Oxford, OUP, 2013.
- Castagnède, B., *Précis de fiscalité internationale*, PUF, Paris, 3^e éd., 2010.
- Castronovo, C., *La nuova responsabilità civile*, Milan, Giuffrè, 3^e éd., 2006.

- Chesterman, S., et C. Lehardt, *From Mercenary to Markets : The Rise and Regulation of Private Military Companies*, OUP, 2007.
- Coomans, F., et R. Kunneemann (dir. publ.), *Cases and Concepts on Extraterritorial Obligations in the Area of Economic, Social and Cultural Rights*, Maastricht, Intersentia Publishers, 2012.
- Coomans, F., et M. Kamminga (dir. publ.), *Extraterritorial Human Rights Treaties*, Intersentia, Antwerp, Oxford, 2004.
- Cottier, T., J. Pauwelyn et E. Bürgi Bonanomi (dir. publ.), *Human Rights and International Trade*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- Crane, V., et al. (dir. publ.), *The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility*, OUP, 2008.
- Crawford, J., *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford, OUP, 2012.
- , *State Responsibility*, Cambridge, CUP, 2016.
- , *State Responsibility. The General Part*, CUP, 2014.
- Cutillo, M., R. Faugno et T. Scovazzi, *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente. Il caso dell'India*, Milan, Giuffrè, 2012.
- Daillier, P., M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2009.
- Daillier, P., G. De la Pradelle et H. Ghérari (dir. publ.), *Droit de l'économie internationale*, Paris, Pedone, 2004.
- Daudet, Y., et R. Bizac, *Un code de conduite pour le transfert de technologie*, Paris, Economica, 1980.
- Daugareilh, I. (dir. publ.), *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruxelles, Bruylant, 2010.
- David, E., *Eléments de droit pénal international*, Bruxelles, PUB, 2005.
- David, R., et C. Jauffret Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd., Paris, 2002.
- De Albuquerque, C., et V. Roaf, *On the Right Track : Good Practices in Realizing the Rights to Water and Sanitation*, 2012.
- De Beco, G., et R. Murray, *A Commentary on the Paris Principles on National Human Rights Institutions*, Cambridge, 2015.
- De Martens, F., *Précis du droit des gens modernes de l'Europe fondés sur les traités et l'usage*, 1831.
- De Nanteuil, A., *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014.
- De Quenaudon, R., *Droit de la responsabilité sociétale des organisations. Introduction*, Bruxelles, Larcier, 2014.
- De Schutter, O., *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européen*, Bruylant, Bruxelles, 1999.
- , *International Human Rights Law*, 2^e éd., Cambridge, CUP, 2014.
- De Vareilles Sommières, P., *La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé, droit international public et droit international privé*, Paris, LGDJ, 1997.
- , «La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé. Droit international public et droit international privé», *LGDJ*, 1997.
- Decaux, E. (dir. publ.), *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010.
- Decaux, E., et O. De Frouville, *Droit international public*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2016.
- Del Vecchio, A., *I tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, Bari, Cacucci, 2015.
- Dixon, M., R. McCorquodale et S. Williams, *Cases and Materials on International Law*, 5^e éd., Oxford, OUP, 2011.
- Dolzer, R., et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2^e éd., Oxford, OUP, 2012.

- Donaldson, T., *The Ethics of International Business*, Oxford, OUP, 1989.
- Dupuy, P.-M., et Y. Kerbrat, *Droit international public*, 13^e éd., Paris, Dalloz, 2016.
- Dupuy, P.-M., et J. Vinuales, *International Environment Law*, Cambridge, CUP, 2015.
- Easterbrook, F., et D. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Boston, HUP, 1996.
- Farnsworth, E. A., *Contracts*, 3^e éd., Aspen Law & Business, 1999, paragraphes 2.19, 4.15 et 6.12.
- Fontana, F., et P. Boccardelli, *Corporate Strategy*, Milan, Hoepli, 2015, p. 280 ss.
- Fouchard, Ph., E. Gaillard et B. Goldman, *Arbitrage commercial international*, Paris, Litec 1996.
- Francioni, F., *Imprese multinazionali, protezione diplomatica e responsabilità internazionale*, Milan, Giuffrè, 1979.
- Francioni, F., et N. Ronzitti (dir. publ.), *War by Contract. Human Rights, Humanitarian Law, and Private Contractors*, Oxford, OUP, 2011.
- Franzoni, M., «Società per azioni, Tomo III, Dell'amministrazione e del controllo, 2, Del collegio sindacale – Della revisione legale dei conti», dans G. De Nova (dir. publ.), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, Bologne, Zanichelli, 2015.
- Galgano, F., *Direzione e coordinamento di società*, Bologne, Zanichelli, 2005.
- , *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologne, Il Mulino, 2005.
- Galgano, F., et F. Marrella, *Diritto del commercio internazionale*, 3^e éd., Padoue, CEDAM, 2012.
- Gallino, L., *L'impresa irresponsabile*, Milan, Einaudi, 2005.
- , *L'impresa responsabile. Un'intervista su Adriano Olivetti*, Turin, Einaudi, 2001.
- Gand, J.-P., et J. Igalens, *La responsabilité sociale de l'entreprise*, 3^e éd., Paris, PUF, 2012.
- Gaudemet Tallon, H., *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 5^e éd., Paris, LGDJ, 2015.
- Ghérari, H., et Y. Kerbrat (dir. publ.), *L'entreprise dans la société internationale*, Pedone, Paris, 2010.
- Goldman, B., et P. Franceskakis, *L'entreprise multinationale face au droit*, Paris, Litec, 1977.
- Goldman, B., A. Lyon-Caen et L. Vogel, *Droit commercial européen*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 1994, n° 67 ss, p. 99 ss.
- Hansungule, M., «La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples», dans Abdulqawi A. Yusuf (dir. publ.), *L'Union africaine : cadre juridique et institutionnel : manuel sur l'organisation panafricaine*, Paris, Pedone, 2013.
- Hartley, T., *International Commercial Litigation*, 2^e éd., Cambridge, CUP, 2015.
- Henzlin, M., *Le principe de l'universalité en droit pénal international, droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, Bâle, Helbing et Lichtenhahn, 2000, p. 419-422.
- Horman, D., *Mondialisation excluant, nouvelles solidarités : soumettre ou démettre l'OMC*, Paris, L'Harmattan, octobre 2001.
- Hymer, S. H., *The International Operations of National Firms : A Study of Direct Foreign Investment*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1976.
- Jackson, J., *The World Trading System*, 3^e éd., Boston, MIT, 1999.
- Jacqué, J.-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2015.
- Jacquet, J., Ph. Delebecque et S. Courneloup, *Droit du commerce international*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2015.
- Jennings, R., et A. Watts, *Oppenheim's International Law*, 9^e éd., Londres, Longman, 1992.
- Kahn, Ph., et C. Kessedjian, *L'illicite dans le commerce international*, Paris, Litec, 1996.
- Kamminga, M. T., et S. Zia-Zarifi (dir. publ.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, La Haye, Kluwer, 2000.

- Kamminga, V. M., et M. Scheinin (dir. publ.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Cambridge, CUP, 2004.
- , *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford, OUP, 2009.
- Kamto, M., *Droit international de la gouvernance*, Paris, Pedone, 2013.
- Kessedjian, C., *Droit du commerce international*, Paris, 2013.
- Kocka, K., *Geschichte des Kapitalismus*, Munich, Beck, 2013.
- Kotler, P., et al., *Principles of Marketing*, 5^e éd., Edimbourg, Pearson, 2008, p. 113 ss.
- Kraakman, R., et al., *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, 2^e éd., OUP, 2009.
- Laget, P., *La liste noire des multinationales*, Paris, L'harmattan, 2013.
- Langford, M., et al., *Global Justice State Duties*, Cambridge, CUP, 2013.
- Larbi Bouguerra, M., *Les batailles de l'eau : pour un bien commun de l'humanité*, Enjeux Planète, Paris, 2003.
- Leben, Ch. (dir. publ.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015.
- Lepage, C., *Bien gérer l'environnement*, Ed. Le Moniteur, 1999.
- Litvin, D., *Empire of Profit*, New York, 2003.
- London, C., *Environnement et stratégie de l'entreprise*, Paris, Apogée, 1993.
- Loussouarn, Y., P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2013.
- Lowenfeld, M., *International Economic Law*, 2^e éd., Oxford, OUP, 2008.
- Lyon Caen, G., et A. Lyon Caen, *Droit social international et européen*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 1993.
- Mahmoudi, S., et al. (dir. publ.), *Child-friendly Justice : A Quarter of a Century of the UN Convention on the Right of the Child*, Brill, 2015.
- Malecki, C., *Responsabilité sociale des entreprises. Perspectives de la gouvernance d'entreprise durable*, Paris, LGDJ, 2014.
- Mares, R. (dir. publ.), *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights. Foundations and Implementation*, Brill, 2011.
- Marin, P., *Public-Private Partnerships for Urban Water Utilities : A Review of Experiences in Developing Countries*, Washington, Banque mondiale, 2009.
- Marrella, F., «La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale», dans F. Galgano (dir. publ.), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padoue, Cedam, 2003.
- Martin-Chenut, K., et R. de Quenaudon, *La RSE saisie par le droit. Perspective interne et internationale*, Paris, Pedone, 2016.
- Mayer, P., et V. Heuzé, *Droit international privé*, 11^e éd., Paris, LGDJ, 2014.
- Menjuq, M., *Droit international et européenne des sociétés*, 4^e éd., Paris, 2016.
- Merciai, P., *Les entreprises multinationales en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 1993.
- Michalet, Ch. A., *Qu'est-ce que la mondialisation ?*, Paris, La découverte, 2004.
- Mirandes, A., *La compétence inter-étatique et internationale des tribunaux en droit des Etats-Unis*, Paris, Economica, 2002.
- Moreau, M.-A., *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, Paris, Dalloz, 2006.
- , «L'ordre concurrentiel et les droits sociaux fondamentaux au plan international», dans *Mélanges A. Pirovano*, Paris, Frison-Roche, 2003.
- , *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, Paris, 2006.
- Moreau M.-A., et G. Trudeau, *Le droit du travail face à la mondialisation de l'économie : Relations industrielles*, 1998.
- Mosconi, F., et C. Campiglio, *Diritto internazionale privato*, I, 7^e éd., Turin, Utet, 2015.
- Muchlinski, P., *Multinational Enterprises and the Law*, 2^e éd., Oxford, OUP, 2007.
- Newell, P., et S. Bellour, «Mapping Accountability : Origins, Contexts and Impli-

- cations for Development», IDS Working Papers, n° 168, Brighton, Institute of Development Studies, 2002.
- Niboyet, J.-P., *Traité de droit international privé français*, Paris, Sirey, 1947, tome VI, vol. 1, n° 1724.
- Niboyet, M. L., et G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2013.
- OIT, *Les principes du travail du Pacte mondial des Nations Unies. Guide pour les entreprises*, 2010.
- Pasqualucci, J.-M., dans L. Hennebel et H. Trigroudja (dir. publ.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme : en l'honneur du 40^e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009.
- , *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, 2^e éd., Cambridge, CUP, 2013.
- Pataut, E., *Principe de souveraineté et conflits de juridictions (Etude de droit international privé)*, préface de P. Lagarde, Paris, LGDJ, 1999.
- Perelmans, V. Ch., et R. Vander Elst, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984.
- Pettiti, L.-E., E. Decaux et P.-H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, 1995.
- Pineschi, L. (dir. publ.), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milan, Giuffrè, 2015.
- Prigent, I., et O. Nouvel (dir. publ.), *Droits de l'homme et responsabilité sociétale de l'entreprise, une approche francophone*, AFCNDH, Colloque de Rabat, Toogezzer, 2008.
- Pulitano, E. (dir. publ.), *Indigenous Rights in the Era of the UN Declaration*, Cambridge, CUP, 2014.
- Quadri, R., *Diritto penale internazionale*, Padoue, Cedam, 1944.
- Reuter, P., *Le développement de l'ordre juridique international*, Paris, Economica, 1995.
- Rigaux, F., et M. Fallon, *Droit international privé*, Bruxelles, 3^e éd., 2005.
- Rivier, R., *Droit international public*, 2^e éd., Paris, PUF, 2013.
- Rivoli, P., *The Travels of a T-Shirt in the Global Economy*, 2^e éd., John Wiley & Son, NJ, 2009.
- Romano, R., *The Genius of American Corporate Law*, 1993.
- Ruggie, J., *Just Business. Multinational Corporations and Human Rights*, New York, Norton, 2013.
- Salmon, J. (dir. publ.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, 2001.
- Sands, Ph., et C. Peel, *Principles of International Environmental Law*, 3^e éd., Cambridge, 2012.
- Schachter, Ö., *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, 1991.
- SFDI, *Droit international et développement*, Paris, Pedone, 2015.
- , *L'eau en droit international*, Colloque d'Orléans, Paris, Pedone, 2011.
- Shaw, M. N., *International Law*, 7^e éd., Cambridge University Press, 2014.
- Simonart, V., *La personnalité morale en droit privé comparé. L'unité du concept et ses applications pratiques*, Bruxelles, 2005.
- Singer, P. W., *Corporate Warriors: The Rise of The Privatized Military Industry*, Ithaca et Londres, Cornell University Press, 2003.
- Slot, P. J., et M. Bulterman (dir. publ.), *Globalisation and Jurisdiction*, Leiden, Kluwer, 2004.
- Smith, A., *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, livre I, chapitre XI, conclusion, tome I, GF Flammarion, 1991.
- Solus, H., et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, Paris, Sirey, 1973, tome II, *La compétence*.
- Sorel, J.-M. (dir. publ.), *Le droit international économique à l'aube du XXI^e siècle. En hommage aux professeurs D. Carreau et P. Julliard*, Paris, Université Paris I Panthéon Sorbonne, Pedone, vol. 20, 2009.

- Ssenyonjo, M. (dir. publ.), *The African Regional Human Rights System: 30 Years after the African Charter on Human and Peoples' Rights*, Leiden, Nijhoff, 2012.
- Steiner, H., P. Alston et R. Goodman, *International Human Rights in Context. Law, Politics and Morals*, 3^e éd., Oxford, OUP, 2007.
- Sudre, F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, 12^e éd., Paris, PUF, 2015.
- Supiot, A., *L'esprit de Philadelphie: la justice sociale face au marché total*, Paris, Ed. du Seuil, 2010.
- Symeonides, S., *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?/Le droit international privé à la fin du XX^e siècle: Progrès ou recul?*, La Haye, Kluwer Law International, 2000.
- Tesauro, G., *Diritto dell'Unione europea*, 7^e éd., Padoue, Cedam, 2012, p. 619 ss.
- Tomuschat, C., *Human Rights. Between Idealism and Realism*, Oxford, OUP, 3^e éd., 2014.
- Trébulle, F. G., et O. Uzan (dir. publ.), *Responsabilité sociale des entreprises, Regards croisés droit et gestion*, Paris, Economica, 2011.
- Treves, T., *Diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 2005.
- , *Le controversie internazionali. Nuove tendenze*, Milan, Giuffrè, 1999.
- Treves T., F. Seatzu et S. Trevisanut (dir. publ.), *Foreign Investment, International Law and Common Concerns*, Londres, Routledge, 2013.
- Trochon, J.-Y., et F. Vincke (dir. publ.), *L'entreprise face à la mondialisation. Opportunités et risques*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- Tully, S. (dir. publ.), *International Corporate Legal Responsibility*, Kluwer Law International, 2012.
- Tunc, A., *Le droit américain des sociétés anonymes*, Paris, Economica, 1985.
- Van Ommeslaghe, P., *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé*, Bruxelles, 1960.
- Vellano, M., et L. Manderieux (dir. publ.), *Ethique globale, bonne gouvernance et droit international économique*, Turin, Giappichelli, 2017.
- Viljoen, F., *International Human Rights Law in Africa*, Oxford, OUP, 2007.
- Villani, U., *Dalla Dichiarazione universale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 2^e éd., Bari, 2015.
- Viney, G., et P. Jourdain, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2013.
- Weiss, N., et J.-M. Thouvenin (dir. publ.), *The Influence of Human Rights on International Law*, Springer, 2015.
- Winkler, M., *Imprese multinazionali e ordinamento internazionale nell'era della globalizzazione*, Milan, Giuffrè, 2008.
- Zagrebelsky, V., P. De Sena et S. Bartole, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padoue, Cedam, 2012.
- Zamora, F., J. Garcia Civico et L. Sales Pallares (dir. publ.), *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de derechos humanos*, Université de Alcalá, 2013.
- Zanghi, C., *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, 3^e éd., Turin, 2013.
- Zappalà, S., *La tutela internazionale dei diritti umani*, Bologne, Il Mulino, 2011.
- Zerk, J., *Multinationals and Corporate Social Responsibility: Limitations and Opportunities in International Law*, Cambridge, CUP, 2006.
- Zimmermann, R., et S. Whittaker, *Good Faith in European Contract Law*, Oxford, OUP, 2000.

III. Principaux sites Internet de référence

Acción ecológica : <http://www.accionecologica.org>.

Association Sherpa : <https://www.asso-sherpa.org/accueil>.

Attac : <http://www.attac.org>.

Business and Human Rights Resource Centre : <http://www.business-humanrights.org>.

Centre for Research on Multinational Corporations - SOMO : <http://www.somo.nl>.
CNUCED : <http://www.unctad.org>.
Commission africaine des droits de l'homme : <http://www.achpr.org>.
Conseil de l'Europe : <http://www.coe.int>.
Corporate Accountability International : <http://www.stopcorporateabuse.org>.
Corporate Europe Observatory – CEO : <http://www.corporateeurope.org>.
CorpWatch : <http://www.corpwatch.org>.
EarthRights International : <http://www.earthrights.org>.
Global Compact – ONU : <http://www.unglobalcompact.org>.
Global Exchange : <http://www.globalexchange.org>.
Global Policy Forum : <http://www.globalpolicy.org>.
Greenpeace : <http://www.greenpeace.ca>.
Haut-Commissariat aux droits de l'homme : <http://www.ohchr.org>.
International Baby-Food Action Network – IBFAN : <http://www.ibfan.org>.
International Chamber of Commerce – ICC : <http://www.iccwbo.org>.
Les Amis de la Terre – France : <http://www.amisdelaeterre.org>.
Maquila Solidarity Network : <http://www.maquilasolidarity.org>.
MultiWatch – réseau suisse sur les STN : <http://www.multiwatch.ch>.
Organisation de coopération et de développement économiques – OCDE : <http://www.oecd.org>.
Organisation internationale des employeurs – OIE : <http://www.ioe-emp.org>.
Organisation internationale du travail – OIT : <http://www.ilo.org>.
Organisation mondiale du commerce – OMC : <http://www.wto.org>.
Public Citizen : <http://www.citizen.org>.
South Centre : <http://www.southcentre.org>.